

الإسكندر
فستحي الدريسي

كلية الشريعة - جامعة دمشق

النظريات الفقهية

الطبعة الرابعة

حقوق التأليف والطبع والنشر محفوظة لجامعة دمشق

١٤١٧ - ١٤١٦ هـ

١٩٩٧ - ١٩٩٦ م



منشورات جامعة دمشق

الدكتور
فتحي الدريني

النظريات الفقهية

حقوق التأليف والطبع والنشر محفوظة لجامعة دمشق

الطبعة الثانية

النظريات الفقهية

مفردات المهاج المقرر وفق الخطة الجديدة ،

١ - نظرية الحق والتعسف في استعطاله ،

٢ - نظرية الظروف الطارئة ،

٣ - نظرية المسؤولية التقصيرية والعقدية ،

٤ - نظرية العقد واثره ،

٥ - الباعث في العقود ،

٦ - قواعد الحكم في الاسلام ،

النظريات الفقهية

مفردات المهاج المقرر وفق الخطة الجديدة ،

١ - نظرية الحق والتعسف في استعطاله ،

٢ - نظرية الظروف الطارئة ،

٣ - نظرية المسؤولية التقصيرية والعقدية ،

٤ - نظرية العقد واثره ،

٥ - الباعث في العقود ،

٦ - قواعد الحكم في الاسلام ،

قواعد الحكم في الاسلام

=====

١- ليست السياسة في التشريع الاسلامي امرًا^(١) عارضًا
الجات الظروف الى اتخاذ سبيل لتدبير شئون المسلمين في مجتمعهم
الجديد في (المدينة) بعد الهجرة ، وانما كانت استمرارًا لما بدأ
أولا في مكة قبل الهجرة ، ابان ظهور الدعوة ، يؤكد هذا بيعتنا
العقبة ، الاولى والثانية^(٢) ، ان كانت كل منهما عقدا تاريخيا حقيقيا
بين الرسول - صلى الله عليه وسلم - وبين وفود من المدينة ، قامت
على أساسه الدولة الاسلامية^(٣) ، وكانت الهجرة احدى النتائج التي
ترتبت عليهما^(٤) ، بأمر الله عز وجل .

اذن لم يكن عقد البهجة - في الاسلام - وهما ، على النحو الذي
رأينا في فلسفة اصحاب نظرية : (العقد الاجتماعي) من مثل جان
جاك روسو ، وهوبز ، ولوك ، هودان ، وغيرهم ، ان لم يثبت
تاريخيا ان مثل هذا العقد المزعوم : قد وقع فعلا ، وكان اساسا
لنشوء الدولة في ازمانهم .

واما بعد الهجرة فقد رأينا من مظاهر سيادة الدولة من الناحية

(١) كانت هذه دعوى بعض الكاتبيين المحدثين هو القاضي الفرعي

المصري علي عبد الرزاق في كتابه الاسلام واصول الحكم = ص

(٢) سيرة ابن هشام : ج ٢ ص ٤٠ وما يليها .

(٣) النظريات السياسية : ص ٢٠ الدكتور فخيم الدين الريس

(٤) محاضرات في تاريخ الامم الاسلامية : ج ١ ص ٨٠ وما يليها .

للاستاذ محمد الخضرى

قواعد الحكم في الاسلام

=====

١- ليست السياسة في التشريع الاسلامي امرًا^(١) عارضًا
الجأت الظروف الى اتخاذ سبيل لتدبير شئون المسلمين في مجتمعهم
الجديد في (المدينة) بعد الهجرة ، وانما كانت استمرارًا لما بدأ
أولا في مكة قبل الهجرة ، ابان ظهور الدعوة ، يؤكد هذا بيعتنا
العقبة ، الاولى والثانية^(٢) ، اذ كانت كل منهما عقدا تاريخيا حقيقيا
بين الرسول - صلى الله عليه وسلم - وبين وفود من المدينة ، قامت
على أساسه الدولة الاسلامية^(٣) ، وكانت الهجرة احدى النتائج التي
ترتبت عليهما^(٤) ، بأمر الله عز وجل .

اذن لم يكن عقد البيعة - في الاسلام - وهما ، على النحو الذي
رأينا في فلسفة اصحاب نظرية : (العقد الاجتماعي) من مثل جان
جاك روسو ، وهوبز ، ولوك ، هودان ، وغيرهم ، اذ لم يثبت
تاريخيا ان مثل هذا العقد المزعوم : قد وقع فعلا ، وكان أساسا
لنشوء الدولة في ازماتهم .

واما بعد الهجرة فقد رأينا من مظاهر سيادة الدولة من الناحية

(١) كانت هذه دعوى بعض الكتبيين المحدثين هو القاضي الشرعي

المصري علي عبد الرزاق في كتابه الاسلام واصول الحكم - ص

(٢) سيرة ابن هشام : ج ٢ ص ٤٠ وما يليها .

(٣) النظريات السياسية : ص ٢٠ الدكتور نجيب الدين الريس

(٤) محاضرات في تاريخ الامم الاسلامية : ج (١) ص ٨٠ وما يليها .

للاستاذ محمد الخضرى .

العملية ، ما يثبت قيام الدولة فعلا ، وليس أدل على ذلك من توافر عناصرها ، من المجتمع والتشريع ، والموطن ، والسلطة الحاكمة — انه لم يثبت ان كان لغير الرسول — صلى الله عليه وسلم — سلطة على هذا المجتمع الجديد ، او تسيير شئون الحكم فيه .

وأيا (الصحيفة) تعتبر اول دستور لهذه الدولة الناهضة . يؤكد ما قلنا ان من ان السياسة لم تكن امرا عارضا يحكم الظروف الجديدة في المدينة بعد الهجرة ، كما زعم بعض المستشرقين ومن جاراها من الكتاب السرب المحدثين ، وانما كانت استمرارا لما وقع قبلها ، وكانت الهجرة احدى نتائجه ، فالسياسة تقوم على أكد الاصول في الاسلام على ما بينا ، وما سيأتي تفصيله .

ولا يعكز على هذه الاصول ، ان الدولة الجديدة تستند اساسا الى عقيدة دينية ، وذات اهداف ومقاصد دينية ، لان النظر من هذا الوجه نظرة مبتسر لا يلغي الوجه الاخر الذي اكملت فيه مظاهر سيادة الدولة باجلى معانيها ، انه الاسلام يجمع بين شئون الدنيا والدين كما يجمع بين الاولى والاخرة ،

نعم ظهرت الدعوات في اول امرها — قائمة على اصول الكيان الاقتصادي ، والعبادى بمعناه الخاص ، والخلقي ، وهذه بمجموعها تمثل الاصل العام الذي تستند اليه سائر الكيانات التي تم ابتناؤها في المدينة بعد الهجرة ، كالكيان الاجتماعى والاقتصادى والسياسى وحين توافرت المقومات الاساسية للدولة ، من الارض والمجتمع ، والتشريع والسلطة الحاكمة ، فكانت هذه استمرارا متصلا لما بدى اولاً ، كما اسلفنا .

أول دستور للدولة الجديدة في المدينة (الصحيفة)^(١)

هذا ، وقد وضع الرسول - صلى الله عليه وسلم - اثر هجرته الى المدينة ، أول دستور^(٢) للدولة الجديدة على نحو لم يكن معهودا في الفكر السياسي في ذلك العهد بعد أن توافرت عناصر الدولة من الاقليم ، والامة والتشريع والسلطة القائمة بتنفيذ .

على ان هذا الدستور بوجه عام - على الرغم من نسخ بعض احكامه العامة بالتشريع السياسي اللاحق - يعتبر بحق ميثاقا دوليا من حيث مفاهيمه العامة ، بما تصلح لاقامة علاقات دولية ، في عصرنا هذا ، لما يمتاز به من خصائص انسانية عامة ، وبما يقوم عليه ، من العدل المطلق والمساواة بين البشر في الاعتبار الانساني ، وتقرير المساواة بين الشعوب تأسيسا على وحدة الاصل ، وتحريم الاستعلاء بالعنصر ، وما استلزم هذا الاستعلاء من التوسع المدواني ، مما سيأتي تفصيل القول فيه .

(١) راجع الوثائق السياسية : ص ١٠ للدكتور خميد الله .

(٢) الدستور نقصد به القواعد الاساسية العامة التي يقوم عليها الحكم

- وقد اطلق عليه (الصحيفة) - سيرة ابن هشام : ج ٢ ص ١٤٩

وراجع نصوص هذه الصحيفة محققة في كتاب الوثائق : ص ٥٠ حميد الله

- وقد نسخ بعض من قواعد الصحيفة ، كالارث بالمواخاة فاصبح

بالقربة والزوجية ، ومن مثل وجوب القتال على مواطني الدولة

من اليهود فاصبح على المسلمين خاصة ، لما ثبت من مكرهم

وعدم اخلاصهم للدولة

وكذا ، سلخ حق المواطنة عن العربي المشرك ، فاصبح لا يقبل

منه - لا كساب هذا الحق الا الاسلام .

ثم تتابع نزول التشريع السياسي بعد ذلك وحيا ، يرسى قواعد
الحكم الصالح العادل ، ويحدد مقاصد الموضوعية^(١) المجردة في
المجتمع البشري كله .

وجوب اقامة الدولة ، وجهاز الحكم فيها ، ثبت بالتشريع الاسلامي

نفسه ، كتابا وسنة وبالاجماع والمعقول .

١ - وجوبها بالاجماع :

هذا ، وقد ثبت وجوب اقامة الدولة ، وتولية من يمثلها عملا
بالاجماع ، فضلا عن الكتاب ، والسنة ، والمعقول .

يقول الامام الماوردي في هذا الصدد : " وعقد^(٢)ها لمن يقوم بها
في الامة واجب الاجماع^(٣) " . وهو اجماع الصحابة والتابعين .

(١) يقصد بالموضوعية ، المنزهة عن الفرض العنصري ، او الهوى
الاقليمي ، او المصالح الشخصية اي المجردة عن جميع المنازعات
والاهواء الخاصة قال تعالى " ولو اتبع الحق اهواءهم لفسدت السموات
والارض ولا ريب ان الانانية العنصرية او الاستثنائية الاقليمية او المصالح
الذاتية دون حق من اسباب استفسار الفساد في الارض واثارة
الحروب المدمرة ، والاستعمار الظالم .
واساس الفساد في هذا هو الخيث باستواء ميزان الحسنى
والعدل المطلق القدسي وضعه الاسلام .

(٢) يعني عقد " الامة " وهي الحكومة التي تقوم على اساس الشرع
الاسلامي .

(٣) الاحكام السلطانية - ص ٥ - للماوردي .

واجتماع الصحابة أكد الاجماع على وجوب اقامة الدولة ، وإدارة الحكم فيها ، ولقد تقرر هذا تاريخيا في اجتماع السقيفة ، انه لم يخالف احد الصحابة في أصل اقامتها وان اختلفوا في صفات الشخص الذي يستحق توليها ، وحين قال ابو بكر الصديق : " لا بد لهذا الامر من قائم يقوم به ، فانظروا ، وهاتوا آراءكم (١) لم يخالف احد ، او ينكر عليه هذا القول ، فكان اجماعا ، ودليلا قاطعا على وجوب اقامتها .

ب - أدلة وجوبها بالكتاب والسنة :

١- اما الكتاب فلقوله تعالى : " يا ايها الذين امنوا اطيعوا الله ، واطيعوا الرسول وأولي الامر منكم " وقوله تعالى : " ولتكن منكم امة ، يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر " .
وجه الاستدلال بالآية الاولى ، ان أولي الامر ، هم اصحاب الشئون (٢) ولا شأن اعظم من الولاية العامة ، فكان من يتولاها اجدر بالطاعة ، فدل ذلك لزوما على توليته ، واما وجه الاستدلال بالآية الثانية ، فلا ان الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، هو الشريعة كلها ، وتنفيذ الشريعة واجب ، فمن يتوقف عليه القيام على الشريعة بتنفيذ احكامها ، من المسلمين تجب اقامته بالنص الامر ، كما تجب طاعته ، لانها طاعة الله في شريعته وهو لا ، هم أولو الامر ، ولان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب .

(١) المواقف في شرح الجرجاني - ج ١ ص ٣٤ وانظر الشهرستاني في كتابه نهاية الاقدام - ص ٤٧٩ - والنظريات السياسية - ص ٢٠ للدكتور الرئيس . هذا والقيام بعظمة الحكم فرض على الكفاية .
(٢) لان لفظ الامر ، مفرد معروف بال الاستغراقية ، وهي المعمورة وانما كان الامر بمعنى الشأن فأولوا الامر هم اصحاب الشئون في الامة .

٢- وأما السنة ، فقد علمت ما كان من امر بيعتي الحقبة ، قبل

الهجرة ، والصحيفة بعد الهجرة .

وكذلك ورد من السنة القولية احاديث صحيحة تفيد بمجموعها وجوب

اقامة الدولة ، ووجوب طاعة اولي الامر فيها ، فيما عدا الامر بالمعصية

لقوله - صلى الله عليه وسلم - : " لاطاعة لمخلوق في معصية الخالق " .

ج - وأما وجوبها بالمعقول ، فلان الامة التي اوجب الكتاب

العزير قيام وحدتها ، بقوله تعالى : (واعتصموا بحبل الله جميعا

ولا تفرقوا) وقوله سبحانه (وان هذه امة واحدة) كفرض من اعظم

فرائض الدين ، لا يمكن تحقيق وحدتها هذه في مجتمع سياسي منظم

واقعا وما يستلزم ذلك من وجود سلطة قائمة على القوة والمنعة ، لحفظ

كيان الامة وسيادتها في الداخل ، باستقامة امرها ، واستتباب الامن

فيها ، واقامة العدل الشامل فيما بينها ، صونا للنفس ، والامتثال

والاعراض ، وقطع دابر الفوضى والتنازع والتظالم وتعزيز تلك السيادة

في الخارج ايضا ، على الصعيد الدولي ، بتحصين حدودها ، وسد

ثغورها بالجند المرابط ، اقول لا يمكن تحقيق ذلك عملا : الا بالدولة

وايضا ، الغرض من انزال الشريعة هو تحقيق مقاصدها في الخلق

ولا يتم ذلك الا بتنفيذها ولا يمكن ان يتم الا بالدولة فكانت اقامتها

واجبة لذلك ، بالبداهة .

وسا يؤكد هذا ايضا ، ان التشريع الاسلامي ، قد تضمن كثيرا

من مظاهر سيادة الدولة على الصعيد الدولي ، من مثل قواعد

الجهاد " الحرب " والسلم ، وابرام المعاهدات ، ومعاملات الاسرى

وغير ذلك ، كما تضمن من مظاهر سيادتها في الداخل ، من مثل

اقامة الحدود ، والتعازير ، استئصالا لشافة الجرائم ، وعلا على
استتباب الامن العام ، ومن مثل قواعد نظام الاسرة ومبادئ الاقتصاد
والعاملات واقامة العدل الشامل وانشاء مرافق الدولة التي تعتبر
فروضا كفائية عامة وفي مقدمتها مرفق القضاء وتنفيذ الاحكام وتطبيقها
عملا ، امرا بالمعروف ونهيا عن المنكر اقول لا يمكن ان يتم تحقيق
ذلك كله عقلا دون دولة قائمة ، بجهازها الحاكم .

ومن مقررات الشرع المحكمة التي تعتبر من اهم قواعد سياسة
التشريع في الاسلام ، أن " ما لا يتم الواجب الا به ، فهو واجب " فكل
ما لا يتم مصلحة الامة الا به فهو واجب تحقيقه واقعا وعلا .

وفي هذا المعنى يقول الامام الماوردي : " وبعض الفقهاء اوجبها
عقلا ، لما في طباع العقلاء من التسليم لتزعيم يمنعهم من التظالم
وبفصل بينهم في التنازع والتخاصم ، ولولا الولاة ، لكانوا فوضى
مهملين وهنجا مضاعين " (١) .

ولذا ، نرى ائمة الفقه السياسي الاسلامي ، من مثل الامام
الجزجاني ينتهي به اجتهاده الى ان اقامة الدولة من اعظم مقاصد
الدين ، اذ يقول : (نصب الامام من اتم مصالح المسلمين ، واعظم
مقاصد الدين) (٢) .

وكذلك يرى الامام الغزالي أن (السياسة) في الاسلام ، اصل
من اشرف الاصول التي لا قوام للعالم الا بها ، على حد تعبير
الامام الغزالي ، لانها تستهدف استصلاح البشر ، دون تمييز

(١) الاحكام السلطانية : ص ٥ وما يليها - للماوردي .

(٢) - المحطات على المواقف : ج ٨ ص ٤٦ .

تحقيقا لانسانية الانسان ، ومباراة الدنيا ، واقامتها على اساس من الحق والعدل المطلق ، والفضائل والوحدة الانسانية ، ومصلحتها العليا ، وما يستلزم ذلك من تحقيق (التكافل) الانساني الملزم في مجالات الحياة كلها عبلا ، والتعاون النشعر على الصعيد الدولي بشتى الوسائل الممكنة ، على الرغم من اختلاف الدين ، كما اشرنا وهذا هو التواصل الحضارى ، بما يكفل اسباب الامن والاستقرار ، والتكافؤ ، ويصون حرية الاعتقاد ، في العالم كله لقوله تعالى : (لا اكراه في الدين ، قد تبين الرشد من الغي) ولقوله تعالى : (ولو شاء ربك لامن من في الارض كلهم جميعا ، افأنت تكفر الناس أن يكونوا مؤمنين) .

وبذلك قضى الاسلام على جميع اسباب الاضطراب العالمي ، من العنصرية ، ومبدأ مصلحة الاقوى ، وسياسة الامر الواقع وما يسوغ ذلك من التوسع العدواني ، والاستعمار الاقتصادي والسياسي للشعوب المستضعفة المقهورة في الارض ، اثنائية وشعبوية واستعلاء عنصريا .

وهذا ما اشار اليه الامام الغزالي أيضا ، مؤكدا أن اقامة الدولة من ضرورات الشرع ، لتوقف استقامة نظام الدين ونظام الدنيا معا على وجودها بل وتوقف الظفر بسعادة الاخرة على قيامها أيضا ، حيث يقول : " فإن أن السلطان (الدولة وجهاز الحكم فيها) ضرورى في نظام الدنيا ضرورى في نظام الدين ، ونظام الدين ضرورى في الفوز بسعادة الاخرة ، وهو مقصود الانبياء قطعا ، فكان وجوب نصب الامام (١)

من ضرورات الشرع الذي لا سهل الى تركه ، فأعلم ذلك * (١) .
فالنسبة المنطقية (٢) لمقدّمات الامام الغزالي - كما ترى - أن
نظام الدنيا - وهو الدولة وسلطانها وجهاز الحكم فيها - أساس
للدنيا والدين والسعادة الاخرى ، وفي هذا من رفع شأن الدولة
وبإمكان ضرورتها القسوى في حياة الامة ، كقالة لا استمرار لتبليغ التشريع
وتطبيقه وتحقيق مقاصد ما لا يخفى .

ثم ينتهي الامام الغزالي الى ان اقامة الدولة مما انعقد على
وجوهها اجماع الانبياء وهي مقصودهم قطعاً .
وأكد الغزالي ضرورة الدولة للدين ، وان التلازم بينهما لا ينفك
ان لا يستقيم امرأى منهما دون الآخر ، فهما صنوان حيث يقوّل
في موضوع آخر من مؤلفاته ما نصه : (لا يتم الدين الا بالدنيا ولذلك
قيل : الدين والملك توأمان ، والدين اصل والسلطان - الدولة -
حارس وما لا اصل له فمهدوم ، وما لا حارس له ففاسد) (٣)
هذا النظر من قبل فلاسفة السياسة المسلمين ، ينطلق مما
استقر في اذهانهم ، من تصور او مفهوم للدولة ، مستقى من مبادئ

- (١) الاختصاص في الاعتقاد : ص ١٠٦ وانظر في هذا المعنى ايضاً
: العقائد النفسية بشرح آلفتنزاني. ص ١٤٠ وما يليها -
وابن خلدون - وفي مقدمته ص ١٤٩ وما يليها
(٢) انظر في هذا التلازم بين الدين والدنيا ، في التشريع الاسلامي
السياسي الذي أكد عليه الامام الماوردي ، كتابه (ادب الدين
والدنيا - ص ١١٠ وما يليها .
(٣) الفوضى دليل التخلف والبدائية والضعف وضياح الحق وانهايا والمعدل
واستشراء الفساد والظلم وهذا ليس من المدنية والحضارة في شيء

الاسلام ومثاليته ، وهو تصور " حضارى " .
" وبيان ذلك ، ان تعليمهم يشعر بأن وجوب اقامة الدولة لدفع
الفوضى وتجنب تسافك الدماء ، والحيلولة دون التظالم والاعتداء على
الاموال والاعراض ، ولاقامة عدل الشريعة المطلق ، بما قد منسا من
خصائص ومثل ، لاجرم ان هذا النظر ينطلق من مفهوم (حضارى
انسانى عام) قوامه العدل ، والحق والمساواة والفضيلة والنظام
والصلحة الانسانية العليا ، كما بينا .

على ان هذا النظر يفسر لنا ايضا ظاهرة اهتمام فلاسفة السياسة
في الاسلام بشخصية رئيس الدولة التي احتلت مكانا بارزا في بحوثهم
لان الشخصية المعنوية للدولة وخصائصها ، تتمثل واقعا وعملا في
شخصية رئيسها الاعلى وجهاز الحكم فيها من وزرائه وموظفيه الذين
ينبغي ان يراعى في توليهم كفاءات تتعلق بطبيعة وظائفهم وعلى ارفع
مستوى ، يتفق وطبيعة المناصب الرفيعة الحسابية التي يتقلدونها
في الدولة .

شخصية الانسان الفرد الخاصة والعامة لا يمكن تحقيقها الا في ظل

الدولة :

هذا وما يؤكده وجوبها ان شخصية الانسان الفرد ، الخاصة
والعامة ، لا يتمكن من تحقيقها عقلا وواقعا على اكمل الوجوه
فيما يقوم به من نشاط حيوى روحيا واجتماعيا وسياسيا واقتصاديا وعلميا
الا في ظل دولة فثبت ان قيام الدولة ضرورى لتحقيق المصلحة العامة
للمجتمع وتحقيق المطالب الفردية على السواء .

ولعل هذا هو السر في تمجيد الاسلام للدولة تمجيداً لم نره فيما
بين ايدينا من مصادر الفقه السياسي الوضعي او على النحو الذي قرره
فلاسفة السياسة في الاسلام ، من مثل الامام ابن تيمية بقوله :
" فالواجب اتخاذ الامارة ديناً وقرينة يتقرب بها الى الله (١) " .
تمجيد فلاسفة السياسة في الاسلام للدولة مشتق من عظم المهام

والوظائف المنوطة بها

ويبدو وتمجيد فلاسفة السياسة المسلمين للدولة ، من انهم اعتبروا
رئيسها الاعلى قائماً مقام " النبوة " في حراسة الدين وسياسة الدنيا
فهذا الامام الماوردي مثلاً يؤكد هذا المعنى بقوله وهو يحدد تعريفه
للدولة او الحكومة التي تمثلها ، وتتولى مقاليد الحكم بأنها : (موضوعة
لخلافة النبوة ، في حراسة الدين ، وسياسة الدنيا) (٢) .
ولهذا ، يشترط فيمن يتبوأ منصب الرئاسة - في نظر الامام الغزالي
- ان يدرك طبيعة الولاية العامة ، وقدرها ، وخطرها ، أى ان يتفهم
تبعاتها ووظائفها واعباؤها الجسام (٣) .
ولعل هذا الاعباء الجسام من السياسية والاجتماعية والاقتصادية
والامنية التي القى بها الاسلام على عاتق الرئيس الاعلى وموظفيه تروى
على المهام الدينية ، مما يجعل منه حاكماً سياسياً في المقام الاول
في شرع الاسلام ، نجد هذا واضحاً فيما يقرر الامام الماوردي من مقومات
الدولة الاساسية التي يجب تحقيقها ، وتتلخص فيما يلي :

- (١) السياسة الشرعية ص ٧٧ . ابن تيمية .
- (٢) الاحكام السلطانية : ص ٥ - للماوردي .
- (٣) التبر المسبوك : ص ٢٠ - للامام الغزالي .

أ - دين متبع : (أى لا ابتداع فيه ولا انحراف عن مقاصده

او تهاون في اقامته وتنفيذ احكامه) .

ب - سلطان قاهر : (أى سلطة وقوة ومنعة ، تحفظ الامن داخلا

وتحمي الحدود من اى عدوان ولا سيما من الجوار من الشغور) وهذا
يتمثل في الشرطة والجيش ، وما يتبعهما من اجهزة .

ج - عدل شامل : (بتنفيذ الشريعة والتشريع الاجتهادى لما

تحتاجه الامة من تبين الاحكام الشرعية فيما لا نص فيه - واقامة مرفق
القضاء - والحسبة وولاية المظالم) .

د - امن عام : (باستئصال شافة الجرائم ، ومطاردة المجرمين

وقطاع الطرق وتحقيق التكافل عملا وحسبة في الامر بالمعروف والنهي عن
المنكر ، بقدر الطاقة واقامة الحدود ، والتعازير) . وهي العقوبات
التي استبطلت اجتهاداً فضلاً عن العقوبات المنصوصة .

هـ - خصب دائم : (أى العمل على استثمار الارض ، والمال

بما يحققه على اكمل وجه وباستمرار ، وذلك انما يتم باتباع احدث الطرق
العملية في هذا الاستثمار توفيراً للحاجات الاساسية للامة والدولة .

و - امل فسيح ^(١) : (عدم الجنح الى التشاؤم ، او اليأس

فالثقة بالله تعالى يجب ان تكون متوافرة مع العمل الدائم) .

وهذه العناصر الاجمالية ، ومعظمها امور تتعلق بمظاهر سيادة

(١) ادب الدين والدنيا ص ١١٦ - ١١٧ للمواردى .

الدولة ، كما ترى ، من تنفيذ التشريع القائم ، وتطبيق احكامه —
وبما يستلزم من الاجتهاد التشريعي في كل ما لم يرد فيه نص ، وفما
لحاجة المجتمع المتزايدة ، من النظم واللوائح والاجراءات مما تقتضيه
مبادئ هذا التشريع واصوله العامة ، وهو ما يفيد قول الامام الماوردي
(دين متبع) .

هذا وهيمنة التشريع على الحاكم والمحكوم بنية ، وهو اهم مظهر
من مظاهر السيادة .

وأیضا ، يتعلق بتلك العناصر ، اقامة العدل الشامل في جميع
مجالات الحياة : الاجتماعية والاقتصادية والادارية والسياسية ، وامام
القضاء .

وهذا ما يفيد قوله (عدل شامل)

أ- اما العدل الاجتماعي : فذلك ما يستحقه كل فرد في الدولة
من تأمين كفايته ، في الغذاء والكساء ، والسكن والمستوى الصحي
سواء اكان اجر عمله لا يكفي ، ام كان عاجزا او فقيرا او شيخا هرمسا
او طفلا يتيما . من اموال الزكاة وغيرها وهذا ضرب من التكافل الاجتماعي
الذي شرعه الاسلام ركنا اساسيا من اركان الدين الخمسة يتصل
بالعقيدة ، وهو من صميم العدل الاجتماعي ، فالعدل كيفاتصل
العدل بالعقيدة نفسها .

ب- واما العدل الاقتصادي : فبتحريم الربا ، والاستغلال
بجميع صوره ولا سيما عن طريق الاحتكار ، او الاضرار ، او عدم
الخبرة ، او الاضرار بالصالح العام ، وكذلك تحريم القمار والرشوة
والغش وسائر طرق الكسب غير المشروعة . ومن العدل الاقتصادي

اقرار حق الملكية بمفهومها الاجتماعي ، بما يمنع التعسف فيسسه
على النحو الذي بسطناه ، سواء أكان اثر التعسف لاحقا بالفرد ام
المجتمع ، وكذلك اباحة التملك ، اداء للوظيفة الاجتماعية للحق
وفي اطار الصالح العام .

وأیضا ، اتاحة الفرص المتكافئة للنشاط الاقتصادي للفردى ، او
المبادرة الفردية ، مع مراعاة حق الغير .

ج — وأما العدل الادارى ، والسياسي ، فاساسه تولية الاكفاء
في الوظائف العامة ، وتقديم الاكفاء على الكفاء ، دون محاباة ، لقراءة
او صداقة او موافقة في بلد ، أو لای سبب لا يتصل بالكفاءة ، لقوله
صلى الله عليه وسلم — (من ولى رجلا ، وهو يرى ان غيره خير منه
فقد خان الله ورسوله) . وقوله تعالى : " ان خير من استأجرت
القوى الامين "

وهذا مبدأ وضع الرجل المناسب ، في المكان المناسب .
— وكذلك التفاضل في العطاء والرواتب على اساس التفاوت في
الكفاءات ، عد لا بما لجزاء على قدر العمل ، جودة وكفاءة ، عملا بقوله
تعالى : " وان لميس للانسان الا ما سعى " وقوله تعالى : " ولكل
درجات مما عملوا " وقوله تعالى : " ولا تبخسوا الناس اشياءهم " .
هذا ويرى الامام " الطوسي " وجوب التحرى عن الشخصيات
ذوى الكفاءات ، للوقوف على مدى نزاهتهم ، اذا ما اريد تعيينهم
في الوظائف الحساسة في الدولة ، كيلا تتخذ هذه المناصب
الهامة وسيلة لاستغلال النفوذ ، او كسب المنافع الشخصية ، فيضر
بكيان الدولة ومصالحها العليا ، ايما ضرر ، لخطورة الفتن ،
فاشترط كما يلي :

- ١- ان يكون ذا كفاءة تتعلق بالمنصب العام الذي يتقلده .
 - ٢- ان يكون نزيها مترفعا عن استغلال المنصب لمنافع مادية تعود على شخصه .
 - ٣- الا يجمع بين وظيفتين .
 - ٤- الا يجعل لعلاقات الصداقة تأثيرا على اعمال السياسة العامة .
 - ٥- ان يمتنع عن كل ما من شأنه الاضرار بمصلحة الحكم .
 - ٦- يحذر من تدخل نشاء موظفي الدولة ذوى المناصب العالية في شئون الحكم (١) .
- هذا وحق الشورى للأفراد الكفاء ، حق سياسي ثابت شرعا ، تمكننا لهم من المشاركة السياسية عملا ، تحقيقا لمواهبهم وملكاتهم لما يتعلق بذلك من اجتناء الامة لثمرات جهود ابنائهم ولان حرمانهم منها ، ظلم لها وضرار بها ، وهذا لا يجوز بالاجماع ، ولان الصالح العام هو اساس مشروعية الولاية العامة ، للقاعدة العامة : " التصرف على الرعية منوط بالمصلحة "
- د - واما العدل : امام القضاء ، فذلك مما لا يقتصر الى بيان فالناس جميعا امام شرع الله سواء ، دون تمييز في الفقر والغنى ، او الثراء ، او المنصب ، او العائلة ، او الطبقة ، فيجب تطبيق حكم الله تعالى باطلاق ، تأدية لامانة الحكم وحق الله ، والاصل في ذلك قوله تعالى : (ان الله يأمركم ، ان تؤدوا الامانات الى اهليها ، واذا حكمت بين الناس ، ان تحكموا بالعدل) .

ومن أبرزها اعطاء كل ندى حق حقه ، وصيانة النفوس ، والاعراض والاموال ، ولقوله سبحانه : (يا ايها الذين امنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ، ولو على انفسكم ، او الوالدين ، او الاقربين ، ان يكن غنيا او فقيرا ، فالله اولى بهما ، فلا تتبعوا الهوى ، ان تعدلوا وان تلووا او تعرضوا ، فان الله كان بما تعملون خبيرا) .

ولقوله — صلى الله عليه وسلم — (ولو ان فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها) وأبوها رسول مصطفى ، والرئيس الاعلى للدولة وهذا ما يفيد قول الامام الماوردي من وصف العدل بالشمول ، كما اشهرنا .

وكل ذلك مقرر في هذا التشريع العظيم .

وهذه هي المساواة امام الشرع ، والمساواة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ، وأما التفاضل فلفظا يكون ، بالعمل الصالح ، ومبلغ جودته واثره ، وبالتفاوت في الكفاءات ، وبالعلم ، وبالتضحيات في الجهاد ولا يسمح المقام — لبيان الادلة .

وما يتصل بتلك العناصر الاجمالية ، اعداد القوة اللازمة لتعزيز سيادة الدولة داخلا وخارجا .

وأما داخلا ، فلتحقيق استتباب الامن ، والنظام وتنفيذ التشريع .

وأما خارجا ، فذلك يتم باعداد الجيش عدة وكفاءة قتالية ، على مستوى كل عصر اربابا للعدو ، وصيانة لحدود الدولة ، وسد ثغورها بالقوة المضاربة ، والجند المربط ، دفعا لاي عدوان مفاجئ ،

(واعدوا لهم ما استطعتم من قوة) . (خذوا حذركم)

وأما الخصب الدائم الذي نوه به الامام الماوردي فهو اتخاذ

الاسباب الملائمة والفاجعة للاستثمار والانتاج ، على أتم وجهه وأوفره ، تحقيقا للرخاء الاقتصادي ، وإذا كان هذا لا يتحقق الا باتخاذ أحدث الطرق العلمية ، فيجب التصور اليها لتعلق مصلحة الأمة بها ومعلوم ان ما لا يتحقق المصلحة العامة الا به ، فهو واجب فينفذ والعكوف على الطرق القديمة البالية في الاستثمار والانتاج محرما شرعا . لا ضراره بالمصالح العام وهو سبب التخلف والضعف فتبين لك ان هذه العناصر الاجمالية هي من مظاهر سيادة الدولة داخلا وخارجيا .

الدولة - في الاسلام - منشؤها التشريع الاسلامي نفسه ، كتابا وسنة - كما رأيت كما وجبت اقامتها بالدلالة العقلية ، استلزاما مقتضاها ، لمبادئه ومقاصده ، وكذلك جهازها الحاكم ، اداء لحق الله تعالى ، فتمثلت سيادة الدولة او حق الامر في هذا التشريع :

التشريع السياسي ، الاسلامي هو الذي أوجب اقامة الدولة وجهازها الحاكم ، فرضا كائنا ^(١) وأوجب اختيار هذا الجهاز بالشورى ، كما بينا .

وعلى هذا ، فان الدولة - في نظر الاسلام - منذ انشائها تتعلق سيادتها بسيادة التشريع الاسلامي نفسه ، ان هو المهيمن عليها وعلى المحكومين ، على السواء ، ان هو الذي قرر الحقوق لكل منهما ، فقد اعطى للدولة حق الطاعة على الرعية كما اعطى الرعية حقها على الدولة في تنفيذ شرع الله فيها ، فالتشريع

(١) المراجع السابقة .

اذن هو مصدر الحق لكل منهما - كما ترى ، وهو المهيمن على
تصرفاتهما .

فالله تعالى وحده " ان الحكم الا لله " وهو مصدر الحقوق لكل من
الدولة والمجتمع والافراد على السواء .

فالدولة اذن ليست مصدرا للتشريع على النحو الذي يرى في
الدولة غير الاسلامية التي تحدد نظمها وقوانينها بارادتها الذاتية
بل الدولة في الاسلام ، محكومة بالتشريع الذي اقامها .

ويتفرغ عن هذا ، ان الاسلام يسوى بين الحاكم والمحكوم في
الحق ، لان كليهما يتلقى الحق من الله تعالى ، فالفرق عبد الله
لا للدولة ، وكلاهما يتوجه الخطاب الالهي اليه ، وعليهما تنفيذ
تكافلا ومن هنا تنشأ المسؤولية المتبادلة بينهما ، فكل منهما راع
ومستول .

على ان الدعوة الاسلامية نفسها ، تستلزم الدولة ، اساسا
لتطبيقها ، وحمايتها وتبليغها ، وازالة للعقبات التي تعترض
سبيل هذا التبليغ .

الحكومة - في نظر الاسلام - خاضعة للنقد والنزاهة والتوجيه

والتقويم ورئيسها فرد عادي ، ليس له من الامر شيء ، الا القيام
بمهام التنفيذ ، واقامة العدل الكامل ، وحفظ الامن ، ورعاية الصالح العام

والمصالح الفردية على السواء ، وهو مسئول امام الامة ، صاحبة

المصلحة الحقيقية ، بحكم كونه نائبا عنها ، في القيام على وظائف

الدولة ، ومهامها الجسام ، فضلا عن مسئولية امام الله تعالى .

ليست الحكومة - في نظر الاسلام - حكومة (ثيوقراطية) كما يظن خطأ او ادعاء ، اى حكومة الهية معصومة ، قد انحدر اليها الحق الالهي المقدس المزعوم ، او التفويض الالهي الذي يجعل منها حكومة مطلقة المشقة تتصرف في الحكم كيف تشاء ، لمعصيتها وانعدام مسئوليتها الا امام الله وحده ، ومن دون الناس ، كل هذا ليس له اصل في الاسلام ، كما رأيت .

نعم : التشريع الهى ، ولكن جهاز الحكم ، ليس الهيا ، بل هو منتخب عن طريق الشورى ، او عقد البيعة العامة الذى يوجب التزامات على كل من الحاكم والمحكوم ، طرفي العقد ، وكل منهما معرض للخطأ والصواب فيجب التناصح ، والتوجيه ، لقوله تعالى : (وتواصوا بالحق ، وتواصوا بالصبر) ولقوله تعالى : (المؤمنون والمؤمنات بعضهم اولياء بعض ، يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر) ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : (الدين النصيحة ، قالوا لمن يا رسول الله ، قال : لله ، ولرسوله ولائمة المسلمين وعامتهم) .

فالحكومة - في نظر الاسلام - حكومة مدنية عادية غير انها محكومة بشرع الله ، كما اسلفنا ، وخاضعة في تنصيبها وتوليبتها الحكم ، وفي تصرفها ، وتديرها السياسي في الامة ، لتوجيه الصفوة المختارة ، واهل التخصص ، والكفاءات العلمية المتنوعة واولي الراى او الخبرة والبصيرة بشئون الحياة ، وهم من يطلق عليهم ، اهل الاختيار ، او اولوا الامر^(١)

(١) الاحكام السلطانية : ص ٥ وما يليها - للماوردي .

أو أهل الحل والعقد^(١) الذين يمثلون العامة ، ومنهم الفقهاء
المجتهدون ، المتخصصون في التشريع والاجتهاد بالرأى .
على أن هذا الحق الإلهي المقدس ، أو التفويض الإلهي المزعوم
مجرد فكرة ابتدعتها الفقه السياسي الاجنبي ، والفرنسي بالذات
في صدد بحثه نظرية (السيادة) لتبرير الحكم الاستبدادي ، أو
تصرفات (الحاكم المطلق) إبان الصراع الذي كان محتدما بين
الملك والاباطرة والبابوات — كما هو معلوم .
والاسلام خلو من هذه المشكلة أصلا ، إذ لا يقر أساسا للحكم
إلا العدل المطلق الشامل ، كما رأيت .
ولهذه ، كان الحاكم والمحكوم في هذا التشريع على السواء كما
بيننا .

على أن الاسلام هو التشريع الوحيد الذي منح الفرد وجودا دوليا
فضلا عن مشاركة السياسة داخلا بوجوده الذاتي لقوله — صلى الله عليه
وسلم — : (ذمة المسلمين واحدة ، ويسعى بذمتهم أدناهم)^(٢) على
ما سيأتي تفصيله .

(١) لقوله تعالى : (واطيعوا الله ، واطيعوا الرسول ، وأولي الأمر منكم
والأمر بمعنى الشأن ، وهو مفرد مضاف فيعم ، أي أولي
الشئون وهم المتخصصون في السياسة والاقتصاد والاجتماع المسكوي
وأصحاب الخبرة في الزراعة والصناعة والتجارة ، وأصحاب النفوذ
في الأمة وهم من تتألف منهم الحكومة ، وأهل الحل والعقد في الأمة
(٢) متفق عليه .

الدولة - في نظر الاسلام - وان كان منشؤها التشريع السياسي
الاسلامي نفسه ويسودها حكمه ، غير انها ذات سلطة في التشريع
الاجتهادي من أهله ، ولكن بمفهوم يختلف عن مفهوم التشريع الوضعي
التشريع في الاسلام حق لله وحده ، فان كان نصا قاطعا تعيين
العمل بمدلوله ، ودون تبديل ، أو تأويل يخرج عن معناه الواضح للثمةين
فهو من نصه القاطع .

هذا ، وما يرمى اليه النص القاطع من مصلحة تكون هي المصلحة
الحقيقية المعتبرة شرعا ، ولا يشرع الاسلام من الاحكام والمصالح التي يتنافى
ومقتضيات العقل الانساني العام . ولان هذا النص القاطع يمثل ارادة
المشرع الحقيقية ، لوضوحها ، ودون لبس ولا ابهام ، ولا احتمال ،
فكانت المصلحة مفيدة بهذا النص لانه شرع طريقا اليها ، والدولة
لا تملك تغيير التشريع أو تبديله ولا سلطة لها فيه ، وكل تعارض مصلحة
النص القاطع ، غير مشروعة ، وليست مصلحة حقيقية عند التحقيق ، بسبب
موهومة ، لما قلنا من أن العقل لا يناقض التشريع .

وان كان النص محتملا ، لاكثر من معنى وليس قاطعا في معنى معين
فللدولة ان تختار أحد البدائل ، بما يتفق والمصلحة العامة ، وما تختاره
الدولة يصبح شرعا لازما يصاغ في تنظيم آمر ، ولا يجوز الصير الى غيره ،
منعا للفوضى ، وهذا من حق الدولة التي هي أدرى بالصالح العام ولكن
بعد العمل ببدأ الشورى التشريعية التي تعني

تبادل الرأي من أهل الاختصاص ، وتقليب وجهات النظر في موضوع الحكم المجتهد فيه ، وترجيح احداها بمرجحات معتبرة من الشرع وأهل الخبرة والاختصاص فيما يتعلق به هذا الحكم من شأن ، او عن طريق " الاجماع " اذا انعقد على حكم يتعلق بالواقعة المعروضة وقد يتبين الحكم في الوقائع عن طريق القياس الاصولي ، اذا ورد نص في نظائرها ، واشتملت على علة متحدة •

حتى اذا لم يكن ثمة نص خاص بالواقعة او الوقائع او قياسات أواجماع تحكم المبادئ العامة او مقاصد التشريع ، فتجعل المصلحة المرسلة اساسا للحكم بشرط الا تخرج عن تلك المقاصد والمبادئ ، وان لا يرد نص خاص ، او اجماع او نظير تقاس عليه •
ومن العمل بالمصالح المرسلة (١) سد الذرائع والاستحسان (٢)

(١) المصلحة المرسلة وان لم يشهد لها دليل خاص من الشرع باعتبارها او الغائنها ولكن ينبغي ان يشهد لها اصل عام بالاعتبار ، كيلا تكون غريبة عن الشرع •
— والمقاصد الاساسية في الشرع خمسة : الدين ، النفس ، والعقل والنسل ، والمال •

(٢) الاستحسان استثناء الواقعة من حكم نظائرها بوجه اقوى يقتضي هذا المدول والاستثناء تحقيقا للمصلحة والعدل ، وهو انما يكون مقتضى لظروف ملازمة للواقعة هذا المدول •
تقتضي

والعرف المعتبر^(١) اذن ، كافة ما يصدر عن الدولة من تشريع
اجتهادى يتعلق بالنظم التي تفتقر اليها المرافق العامة ، او
المصلحة العامة ، ينبغي ان تكون محمولة على مقاصد التشريع الخمسة
غير مخالفة او مناقضة لها

فالمصالح المرسله اذن يجب ان يشهد لها اصل عام ، كيلا
تكون غريبة عن الشرع ،

وفي هذا المجال واسع للتشريع الاجتهادى الذى يجب ان تلبس
به الدولة عن طريق المجتهدين ، واهل الخبرة العلمية التي تتعلق
بموضوع الحكم الشرعي الذى يراد استنباطه ، فالتشريع المبتدأ يرفضه
الاسلام ، لانه افتئات على حق الله ، ولا تجب طاعته .

اما مفهوم التشريع الوضعي فهو انشاء القواعد القانونية التي
تنظم العلاقات بين الناس بعضهم قبل بعض ، او قبل الدولة ، بالارادة
الانسانية المتخيرة .

والتشريع الاجتهادى ، هو الفقه ، وهو داخل في السلطة
التشريعية للدولة بهذا المعنى الذى بيناه ، والتشريع الاجتهادى
الجماعي من اهل الذى ينهض به الفقهاء وارباب الاختصاص اقرب
الى الصواب والعدل من الفردى غالباً وهو اجماع

(١) والعرف المعتبر هو ما يكون في حقيقته قائماً على مصلحة
توازن حينئذ بين مصالح المعتبرة حتى اذا
وافقتها كان العرف معتبراً حينئذ ، لا لذاته بل
لما يستند اليه ، وهو مبدأ أساسي

الفقه السياسي الاسلامي فضلا عن كونه مظهرا للاجتهاد التشريعي

من اهله ميثقا اساسا عن مبادئ الاسلام واصوله العامة ، اللفظية

والمعنوية ، ومقاصده الاساسية — وهذه كلها اصول نظرية ، ومفاهيم

ذهنية مجردة — اقول هذا الفقه السياسي ، فضلا عن كونه كذلك

قد انضجته التجربة السياسية الواقعية التي عاناها معظم فقهاءه

المجتهدين بحكم مناصبهم السياسية .

من آثار (واقعية) التشريع السياسي الاسلامي ، انك تسراء

قد انعكس على الفقه الاجتهادي في التدبير السياسي عملا

فكان هذا الفقه الذي صدر عنه ائمة فقهاء السياسة ، من امثال :

الماوردي — والغزالي — والطوسي — وابن ابي الربيع — وغيرهم

صدي وأثرا لتلك الواقعية ، او القابلية للتطبيق ، هذا شي ، وشي

آخر ، هو أن هذا الفقه على الرغم من كونه مستخلصا من مبادئ

نظرية مجردة ، قد ساعدت على انضاجه التجربة السياسية التي

عاناها هؤلاء الائمة بحكم مناصبهم فقد كانوا رجال دولة من الطراز

الاول .

اما الامام الماوردي ، فقد كان وزيرا لدى الخليفة القادر بالله

العباسي ، واثاء ذلك الف كتابه المعروف (قوانين الوزارة والملك)

فضلا عن كتابه الاحكام السلطانية .

واما الطوسي ، فكان وزيرا لدى (السلاجقة) وكان له قوة الاثر

في الحكم بفضل علمه الواسع وتجربته السياسية — ما جعله هو (الحاكم)

الفعلي في تلك الدولة ، فاكسب بذلك تجربة او حنكة سياسية
، فضلا عن غزارة علمه ، مما كان له اثر في فقهه السياسي .
وكذلك الامام الغزالي ، والعلامة ابن خلدون ، وابن تيمية
كما هو معلوم ، فكانت هذه (المشاركة السياسية) سببا في اثراء
فقههم ، وخوشهم النظرية ، بالخبرة السياسية العملية .
وأما الفلاسفة السياسيين من غير المسلمين ، من مثل افلاطون
وتلميذه ارسطو ، من اليونان ، وكذلك فلاسفة السياسة من الانكليز
من مثل ، هوبز ، ولوك ، ومن الفرنسيين من مثل جان جاك روسو
فلم تكن لاي منهم تجربة سياسية واقعية ، لذا ، جاءت فلسفتهم
تجريدية محضة ، كفلسفة افلاطون ، اذ لم يكتب لها التطبيق ، ولبعد
عن الواقع المعاش ، وتحليقها في افق من الوهم والخيال احيانا ، مما
ساق الى اعتقاد أن رئيس الدولة ينبغي ان يكون " فيلسوفا " فضلا
عن تقريره قواعد غير انسانية ، لقيامها على التمييز العنصري ، والرق ،
وكفلسفة جان جاك روسو في نظرية (العقد الاجتماعي) الافتراضى
الموهوم ، كما أسلفنا .
ونضرب لذلك مثلا لواقعية السياسي الاسلامي ^{الفقه} ، ان فقهاء
المسلمين ، يشترطون في (رئيس الدولة) شروطا عدة مشتقة من
طبيعة وظائف الدولة التي حددها هذا التشريع ، لاستحقاق الرئاسة
ولم يشترطوا الفلسفة ، لانها تخيل انساني محض ، ومن تلك الشروط
الحظية ، الكفاية ، والخصائص الجسمية ، والخلقية ، والنفسية ،
والمعنوية التي يقتضيها النهوض بممارسة الحكم ، كالقدرة على قيادة
الجيوش ، والجرأة والشجاعة والاهتمام ، ثم القدرة على معاناة السياسة
وكذلك العلم بأحكام الشريعة وفقهها وضرورة بلوغ مستوى الاجتهاد فيها

هند فريق من الفقهاء ، فضلا عن النزاهة والعدالة والاستقامة ، وغير ذلك من الشروط التي تعتبر في جملتها عناصر وكفاءات على أرفع مستوى ، تستلزمها ، ممارسة السياسة وتدبير شؤون الحكم عملا ، ولا نعتقد ان (الفيلسوف) بوسعها ان ينهض بأعباء الحكم الاسلامي ، ومهام رئاسة الدولة فيه على النحو الذي بينا .

فلنخص أن التشريع السياسي الاسلامي ، قد استمد خصائصه من اصوله العامة ، ومقاصده ، وقيمه الدلالية ، لا تجده يستعصي على التطبيق واقعا ، أو يحول دون الفكر السياسي المتفهم لهذا التشريع ، أن ينزل بتلك المفاهيم المجردة ، على يد المجتهدين ، الى الواقع ليحكم عليه ، او يرسم المناهج العملية ليصوغ هذا الواقع من جديد على ضوء تلك المفاهيم بعد تحليله ودراسته ، بفضل ما أوتي هذا التشريع من مسابير يمكن ان تصير القيم واقعا ، والفهم الذهنسي العام المجرد وضعاً قائماً ، وابين دلل على هذا فقهه هو " لا " الاثمة ذوى التجارب والخبرات السياسية التي اغنوا بها فقههم كما نرى فيما بين ايدينا من مصنفاتهم القيمة ، ان كان احدهم عالما فقيها مجتهدا لا يشقى له غبار ، ورجل دولة من الطراز الاول .

ولا أدل على صلاحية المبدأ من قابليته التطبيق وعظيم اثره .
أما قواعد الحكم الاساسية في الاسلام ، فهي مستقاة من الصعيقة ، ومن التشريع السياسي العام ، فنلخصها فيما يلي :
اولا - الوحدة السياسية بين مواطني الدولة الاسلاميــــــــــــة الناشئة ، على الرغم من اختلاف شعوبهم وقبائلهم ، وصعقتهم اما المواطنون المسلمون في هذه الدولة ، فأساس وحدتهم (ايمانهم)

بهذا الدين الجديد ، عقيدة وتشريعا ، بدلا عن الوثنية ،
والعصبية القبلية (١) .

ثانيا - حق المواطنة كان رهنا بمجرد (الولا) لهذه الدولة
الجديدة ، بدليل أن هذا الدستور (الصحيفة) قد منح (اليهود)
وغيرهم هذا الحق ، تحت لواء الدولة الاسلامية في حق الانضمام

(١) كان ينص على تحت حكم هذه الدولة ، اليهود ، والمشركون من
العرب بادي الامر ثم نسخ حق المواطنة بالنسبة لمشركي
العرب فيما بعد ، ولم يعد لهم خيرة في استمرارهم على اعتناق
الوثنية ، صونا للكرامة الانسانية من التردى الى هذا الحضيض
- هذا ، وقد كان الجهاد مفروضا على اليهود في يثرب بادي
الامر حسلا لهم على مقاتلة عدو الله خارج حدود يثرب ، وكان
من أعداء^{الدولة} قبائل من اليهود كانت تبث نية العدوان على المد^{الدولة} ينة
وتقطن خارجها ، ثم نسخ هذا الحكم واقتصر على اداء الجزية
بدلا عن فريضة الجهاد على المسلمين ، وذلك اصبح
الجهاد مقصورا القيام بعبئ^{الدولة}ه على المسلمين خاصة
دون اليهود .

ان اليهود ذميون واما المشركون من العرب
فلم يعد يقبل منهم مجرد الولا للدولة ليكتسبوا
حق المواطنة ، بل لا بد لهم - لاكتساب هذا الحق - من ترك الوثنية
والدخول في الاسلام ، لان الجزيرة العربية هي قاعدة الاسلام ، و
ومنطلق رسالته الاولى .

سيادتها بفريق من اهل الكتاب دون فريق وعلى من يكتسب هذا الحق ان يقوم — في نظير ذلك — بواجبات مواها — تحقيق التكافل مع الدولة ، والولاء لها ، لحفظ كيانها داخلا .
في هذا دلالة على أمرين :

١ — مبدأ التسامح مع اهل الاديان السماوية الاخرى ، وذلك بأن جعل لهم من الحقوق ، وعليهم من الواجبات ، عين ما للمسلمين وعليهم ، وليس أعدل ممن يساويك بنفسه في النصفة والعدل ، والحكم .
٢ — تأصيل مبدأ حرية العقيدة وهو من أصل المبادئ التي تقوم عليها هذه الدولة الناشئة

ثالثا — سيادة الدولة منوطة بتشريع الله ورسوله ، الذي يوجب الولاء لهذه السيادة في نظير حق المواطنة ، كما قدمنا .
فالدولة ان دستوريتها مقيدة بهذا التشريع ، حاكما ومحكوما ومظاهر هذا الولاء تبدو فيما يلي :

أ — الخضوع التام لتشريع الدولة ، وتنفيذ مقتضياته باخلاص ، وهذا واجب على الحاكم والمحكوم على السواء ، ان ليس للرسول — صلى الله عليه وسلم — من الامر شيء .

ب — التأكيد على المساواة بين السلطة الحاكمة والمحكوم ، لان كليهما يخضع لحكم الله تعالى ، والسنة وحي معنى ، وتلقيان الحق منه تعالى ، فلا سيد ولا مسود قال تعالى مخاطبا رسوله — صلى الله عليه وسلم — (ليس لك من الامر شيء) وقال تعالى (ان الحكم الا لله) وقال سبحانه (لله الخلق والامر) وقال عز وجل : (ومن لم يحكم بما أنزل الله ، فاولئك هم الكافرون) وقال تعالى (اتبع ما اوحى اليك) اي كتابا وسنة ، وما أحالا عليه من مصادر التشريع الاخرى .

ج - ان هذا (التشريع) بما هو المرجع في كل نزاع يشتمل
بين المواطنين بعضهم مع بعض ، يجب الاحتكام اليه كتابا وسنة
والعمل بما يقضيان به في محل النزاع ، وقد كان الرسول - صلى الله
عليه وسلم - وهو حي المرجع الوحيد ، ثم أضحت سنته المرجع بعد
وفاته ، وفي هذا صيانة لوحدة الامة من التفرق والانقسام ، وقد جاء
في الصحيفة - فيما يتعلق بهذا الصدد - وما نصه : (وأنكم
مهما اختلفتم فيه من شيء ، فان مردوا الى الله عز وجل ، والى محمد
صلى الله عليه وسلم - وانه ما كان بين اهل هذه الصحيفة من حدث
او اشتجار ، يخاف فساده ، فان مردوا الى الله عز وجل ، والى محمد
- صلى الله عليه وسلم (١) -

د - توجب سيادة الدولة المنوطة بهذا التشريع على مواطنيها
حفاظا على كيانها الخارجي - مجابهة العدو ، ونصب الحرب ضده
اذا اقتضى الامر ذلك ، وهذا مظهر السيادة خارجا ، يدافع عنها
كل مواطن قادر تكافلا معها .

هـ - وعلى هذا ، فالتآمر مع اعداء الدولة على تقويضها
يشتبه - في نظر الاسلام - خيانة عظمى ، تمن سبها دنها ، فضلا
عن كونه اخلالا بواجب الولاء الذي اوجبه حق المواطنة ، وقد جاء في
الصحيفة ما يؤكد هذا المعنى من قولها : (ان يهود بني عوف ،
امة مع المؤمنين ، لليهود دينهم ، وللمسلمين دينهم ، ومواليهم
وانفسهم ، الا من ظلم ، وأثم فإنه لا يوتغ (٢) الا نفسه .

(١) سيرة ابن هشام ج ٢ ص ١٤٩ وما يليها .

(٢) يهلك

وأهل بيته^(١) هذا من حيث مظهر سيادة الدولة خارجا
وأما من حيث السيادة في الداخل ، فقد تبدى مظهرها
فيما يلي :

لعمل أول ظاهرة بدت في سيادة هذا التشريع ، هي نسخ
أحكام الجاهلية الأولى ، فمن ذلك أنه جعل عقوبة القصاص مثلا ،
بدلا عن الثأر الجاهلي ، فقد جاء في الصحيفة (وأنه من اعتبط^(٢))
مؤمنا قتلنا عن بينة ، فإنه قود به ، إلا أن يرضى ولي المقتول ، وأن
المؤمنين عليه كافة ، ولا يحل لهم إلا القيام عليه^(٣) وهذا ضرب من
إيجاب التكافل تشريعا ، لاستئصال شأفة الجريمة من المجتمع ، عملا
على استقرار الأمن في الداخل .

ويؤكد هذا التكافل أيضا ، ما جاء في الصحيفة نفسها من النص
على (أنه لا يحل لمؤمن أقربا في هذه الصحيفة ، وآمن بالله واليوم
الآخر ، أن ينصر محدثا^(٤) ولا يؤويه ، وأن من نصره أو آواه ، فإن
عليه لعنة الله ، وغضبه يوم القيامة ، ولا يؤخذ منه صرف ، ولا عدل^(٥))
وإذا كان هذا في نطاق الدولة الواحدة ، فأحرى أن يكون بين الدول
جميعا تكافلا سياسيا على الصعيد الدولي ، عملا على استقرار الأمن
والسلم الدوليين ، ونفيا لأسباب الاضطراب العالمي ، والتوسع العدواني
كما اشكرنا .

وعلى هذا ، فإن قواعد (الصحيفة) تنهض بسيادة الدولة الناهضة

-
- (١) المرجع السابق - ٢) من اعتدى على مؤمن فقتله عدوانا وظلما
وثبتت جريمته بالبينة والادلة ، فإنه يؤخذ به قودا أي قصاصا أو بعبارة
أخرى ، القاتل يقتل ، جزاء وقصاصا .
(٣) المرجع السابق (٤) سيرة ابن هشام : ج ١ ص ١٤٩ .

في مظهرها الداخلي والخارجي :

أ- أما في الداخل ، فقد تأكدت هذه السيادة بهيمنة التشريع على الأمن بوجه خاص ، وذلك بماستئصال شأفة الجرائم التي تمثت بسلامة المجتمع وأمنه ، أيا كانت طبيعة هذه الجريمة ، وأهمها وأعظمها جريمة (القتل) والمساهمة فيها .

ب- وأما في الخارج ، فتتجلى سيادة الدولة في أمر الحرب والسلم ، وعقد المعاهدات ، فأناطت ذلك بشخصية رئيسها الأعلى ، بعد التقيد بالشورى في التدبير السياسي بوجه عام ، على ما سيأتي بيانه .

ولا جرم أن (السلم والحرب ، وإبرام المعاهدات) من أهم مهام السيادة في مظهرها الخارجي ، أي على الصعيد الدولي . وهذا يقضي بنا إلى بحث أهم قواعد سياسة الاسلام الخارجية ، من حيث علاقاتها بالدولة ، وأهمها إبرام المعاهدات ، فنلخصها فيها يلي :

أولا : - لا يجوز أن ينفرد بعقد السلم جماعة دون أخرى لأن

" سلم المؤمنين واحدة " كما لا يجوز التقاعس عن نصب الحرب على

العدو ، إذا تحقق مناط حكم الجهاد دفاعا عن كيان الدولة :

نصت (الصحيفة) على أهم ما تقتضيه سيادة الدولة خارجا ، من تحريم انفراد جماعة بعقد السلم ، دون سائرهم ، لأن هذا يقضي إلى الانقسام في وحدة الأمة التي ، وجب الاسلام تحقيقها كقرينة من أعظم فرائض الدين : (واعتصموا بحبل الله جميعا ، ولا تفرقوا)

(وان هذه امتكم ، أمة واحدة) وهذا الانقسام في السياسة الخارجية من أشد أنواع الأضرار بمصلحة الأمة ، لتعلقه بمصيرها . وعلى هذا ، فالإسلام يوجب إذا تعددت دوله في أقاليمه المختلفة ، ألا يفرد رئيس دولة إسلامية منها ، بعقد (السلم) مع العدو والمشارك دون سائر رؤساء الدول الإسلامية ، وتوحيد السياسة الخارجية ، فقد جاء في (الصحيفة) ما نصه : (وأن سلم المؤمنين واحدة ، لا يسالم مؤمن دون مؤمن ، في قتال في سهل الله ، ولا على سواء وعدل بينهم (١) .

ثانيا : - عقد السلم أو الصلح الذي يحل حراما ، محرم في

الإسلام قطعا

كل سلم تحمل المسلمين على الهوان ، أو تريد لهم الاستخذاء والعسف ، أو على إقرار عدوهم على بغية وعدوانه ، من انتهاك كسبه لحرمة أوطانهم ، واغتصاب أجزاء منها ، واستلاب حقوقهم فيها ، بما أخرجهم منها عنوة بقوة السلاح ، تقتيلا وتشريدا ، ليحل محلهم أمما وجماعات واحدة من بقاع شتى من دول العالم ، احتلالا استيطانيا ، ليهو معامل وجود المسلمين ومقومات حياتهم وحضارتهم ومقدساتهم ، مثل هذه (السلم) محرمة في الإسلام قطعا ، ولا يقرها الإسلام بدلا عن فريضة الجهاد المحيية في مثل هذه الحال ، للدلالة القاطنة :
الآتية :

(١) المرجع السابق .

أ- لأنها (سلم الهوان) والله تعالى يقول في شأنها (ولا
تسهنوا ، وتدعو إلى السلم وأنتم الأعلون) والنهي يقتضي التحريم
. إذ لا صار فيصرفه عن هذا المعنى .

ب - لقيامها على محض البغي والعدوان ، وذلك محرم شرعا
بالنص ، بل ما جاء الاسلام ليمنفي ظاهرة العدوان والبغي من
الارض ايقاعا ، أو وقفا ، أو استمرارا وثقا لقوله تعالى : (ولا
تعاونوا على الاثم والعدوان) وانما طلب اقرار الحق والعدل في
العالم كله .

هذا ولا تعاون أشد اثما ، واعظم نكرا من عقد سلم مع عدو باغ
متسلط ، لانه ينطوى على اقرار عدوانه ، واستمرار بغية على دمار
المسلمين ووجودهم ، ومقدساتهم ، وشرواتهم وحضارتهم جملة .
فالقوة او الطغيان لا يقضي على مبدأ الحق والعدل في الاسلام
ج - لقوله تعالى : (فمن اعتدى عليكم ، فاعدوا عليه بمثل ما
اعتدى عليكم) وهذا يفيد أن على المسلمين ازاء المعتدى ، ان يردوا
عليه عدوانه بمثله ، وذلك بشن الحرب هده ، كسرا لشوكته باقصى
مستطاعهم من القوة ، وان يحرصوا على ذلك كل الحرص .

د - لقوله تعالى (والذين اذا اصابهم البغي هم ينتصرون)
وذلك بمقاتلة الباغي انتصافا من عدوهم ونفيا للظلم الذي نزل بساحتهم
فالمسلم الحق لا يستسلم للظلم أبدا ، لقوله تعالى : (ولا تركبوا
الى الذين ظلموا ، فتمسكم النار) .

هـ - كل عقد او شرط يحل حراما ، محرم بالنص ، لقوله - صلى
الله عليه وسلم - (المسلمون عند شروطهم ، الا شرطا يحل حراما ،

أو حرم حلالاً " والشرط عقد ، فالعقد الذي يحل الحرام ، لا يجوز إبرامه قطعاً .

و — ان تعين وجوب القتال حتى الموت ، دفاعاً عن الحسنة والمال ، والعرض في شرعه الاسلام ، كتمين وجوب الدفاع عن الدين ، سواء بسواء ، بدليل أن الشارع ، قد كتب (الشهادة) لمن قتل دون أى منهما ، بالنص ، لقوله — صلى الله عليه وسلم — (من قتل دون أرضه فهو شهيد ، ومن قتل دون ماله فهو شهيد ومن قتل دون عرضه فهو شهيد .)

ووجه الدلالة ، ان " الشهادة " لا يكتب الا لمن قتل دفاعاً عن امر مفروض متعين القتال دونه ، والحديث جاء بواو الجمع ، نفياً للتمييز بينها ، من حيث الاعتبار والحكم .

هذا ، وفي الحديث دلالة ايضاً على تأصيل مبدأ الكرامة والعزة وتحقيقه في الوقائع عملاً ، وذلك بوجوب الاستهاتمة والاستبسال في الدفاع عن النفس والمال والارض والعرض ، حال وقوع الاعتداء على أى منها ، دون استثناء ، وهذه هي معاقدة الكرامة للأفراد والامم ، لان الحديث ينمونه (من قتل) يشمل كل اولئك .

وبذلك ، تمتزج القيم العليا بالاطوان ، والاعراض ، والاموال ، في التشريع السياسي الاسلامي ، كما تسرى — دون فصل او تمييز بينها ، من حيث الاعتبار ، والحكم ، والجزاء ، كما قدمنا .

هذا ، وانما تعين وجوب الدفاع عن الدين والاطوان ، والمقدسات والأموال والاعراض ، لزوم عن ذلك ان اقرار العدو على اغتصابها او العدوان عليها ، واستلاب حقوق المسلمين فيها ، محرم قطعاً ، اياً

كانت الوسيلة أو الاسم الذي اتخذته ذلك " الاقرار " من عقد السلم
او معاهدات الصلح او غير ذلك من المصطلحات انه المعبرة بالحقائق
والمفاهيم .

وهكذا ترى ان الاسلام لا يفصل بين الدين والسياسة ، ولا بين
الدنيا والاخرة فضلا عن انه يجمع بين المثالية والواقعية ، في مواقع
الوجود الحيوى .

ز - منافاة "سلم" الهوان هذه لمقتضيات العزة الالهية التي
استخلف الله المؤمنين فيها ، لقوله تعالى : (ولله العزة ، ولرسوله
وللمؤمنين) ولا عزة مع الهوان بداهة .

ح - لا يربط الاسلام احكامه بظاهر اللفظ والقول ، وانما يحفل
بالحقائق ، وينيط الاحكام بها ، ومن ثم لا يقر الاسلام " سلما "
هي مجردورها وسيلة لاستدامة قهر المغلوب ، أو الابقاء على آثار
عدوان الظالم ، تحكيما للقوة الغاشمة في العلاقات الدولية ، او
عملا بما يسمى سياسة الامر الواقع ، لما تتضمن هذه السياسة من
تغليب القوة ^(١) على الحق والعدل ، وهذه مناقضة لاصول الاسلام
ومقاصده الاساسية ، او نظامه الشرعي العام الذي هو " حق الله "
ومعلوم انه لا يملك أحد ان ينقض " حق الله " عن طريق التراضي او
التعاقد ، والا بطلت شرائع الاسلام كلها ، وذلك باطل ، فما يؤدى
اليه باطل بالبداهة .

(١) ومبدأ سياسة الامر الواقع على اطلاقه انما هو تطبيق لاصول السياسة
الميكانيكية .

وبينان ذلك ، أن حق الله شرع دائم ، والتعاقد تصرف ارادى ولا يقوى التصرف الارادى على مناقضة شرع الله ^(١) ، إذ مناقضة شرع الله باطلة ، اجماعا ، لما فيها من تغليب الارادة الانسانية على الارادة الالهية .

وأما الارادة الانسانية ففي العقد الذى يهل حراما .
- وأما الارادة - فلأن النص القاطع يعبر عنها حقيقة
في تحريم ما أحله العقد او التصرف .

وعلى هذا كان القصد غير الشرعي بسبيل أن يهدم القصد الشرعي ^(٢) ، وهذا باطل ، للتناقض ، ولأن مقصود الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصد الله في التشريع ^(٣) ، لا مناقضا فتبين أن علة بطلان عقد السلم ، في مثل هذه الحال هو " المناقضة " لارادة الله الحقيقية غير المظنونة ، بارادة المكلف في التصرف والتعاقد نخلص من هذا الى أن " المناقضة " في عقد السلم هنا ، إنما نشأت من قهام العدوان والبغي ، لأن هذا هو مناط وجوب الجهاد لا السلم شرعا ، فنتج عن ذلك ، أن الاسلام لا يقر " سلما " الا اذا اندفع العدوان ، وينتهي الجهاد حينئذ بزوال علته . وهذا أصل شرعي عام في السياسة الخارجية في الاسلام وفي العلاقات الدولية بوجه خاص .

أما أن دفع العدوان ، وازالة آثاره (حق الله تعالى) فينهض به ، أن نفي ظاهرة البغي والعدوان من الارض ، مما يتعلق به

(١) اعلام الموقعين ج ٢ ص ١٤ ابن القيم

(٢) الموافقات ج ٢ ص .

(العدل الدولي) قطعاً ، وهذا لا يختص بفرد بعينه أو أمة بعينها ، حتي يكون مصلحة خاصة ، وإنما يتعلق بحق الإنسان العام بالصحة الحقيقية العليا للإنسانية جمعاء ، ولا يقصد الاصوليون بحق الله إلا هذا المعنى لشمول نفعه وعظيم خطره ^(١) وهذا يستلزم حماية هذا الحق ، وعدم التهاون في امره ، أو الاتفاق على خلافه ، إذا لاخيرة فله للمكلف ، لأن هذه هي خصائص الحق العام ، وهذا يقتضي بدوره تحريم اقرار العدوان والبغي باسم السلم احتيالا ، ومن باب أولى تحريم اتخاذ التسلط والقهر ، وما يخلف من آثار ، ... موضوعا أو محلا للتعاقد أو التصالح على اقراره وبقائه ، لأمور ثلاثة :

أولها : لعدم مشروعية محل العقد أصلاً ، لما قدمنا من تنافيه واصل (العدل الدولي) العام الذي قدسه الاسلام حقاً لله تعالى بحيث جعله أساس الخليقة كلها ، لقوله تعالى : " والسماء رفعها ووضع الميزان ، ألا تطغوا في الميزان ، وأقيموا الوزن بالقسط ، ولا تخسروا الميزان " .

وإذا انتفت مشروعية محل العقد بطل العقد أصلاً والعقد منتهى الملغى

(١) حق الله تعالى ، يطلق بالاشتراك اللفظي على معينين : أولهما : حق الله تعالى الخاص في العبادات ، لما جاء في السنة من أن حق الله تعالى على عبادة ، أن يعبدوه ، ولا يشركوا به شيئاً .

الثاني : حق الإنسان العام على وجه هذه الأرض ، ويقصد به المصلحة ذات الطابع العام للبشرية كلها ، وهو ما عناه الاصوليون حين فسروا نسبة الحق إليه تعالى ، بع أنه تعالى غني عن الحقوق بقولهم : وإنما اضيف إليه تعالى لمعظم خطره (اهميته) وشمول نفعه

الثاني : ان العدل الشامل ، هو " الغاية " القصوى التي من أجلها انزلت الشرائع ، وأرسل الرسل ، لقوله سبحانه : " لقد أرسلنا بالبينات ، وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ، ليقوم الناس بالقسط ولا قسط مع العدوان والقهر .

الثالث : لما في ذلك من اسقاط حق الله ، ولا يجوز ، ان لا خيرة فيه للمكلف لانه من النظام الشرعي العام الثابت ، كما اسلفنا ط — الاسلام يقضي بوجوب الجهاد فرضا عينيا حال مداهم —

العدو ديار المسلمين واستيلائه على اجزاء من اراضيهم ، واخراج

اهليها منها عنوة ، تقتيلا وتشريدا ، وهذا بالاجماع

ما غزى في عقر دارهم الا ذلوا ، ذلكم قول علي — كرم الله وجهه والذلي والعزة نقيضان لا يجتمعان ، ولهذا ، نرى الاسلام بصريح آياته ، وقاطع نصوصه ، يقضي — في مثل هذه الحال — ان على الامة الاسلامية كافة ، شعوبا ودولا ، ان يجاهد وعدوهم الباغي المتسلط ، بأقصى ما يملكون من قوة ، وعدة ، لدحره ، وتحطيم مؤسساته العسكرية ، مصدر قوته ، وأداة عدوانه ، وان يخرجوه من حيث اخرجهم ، بصريح قوله تعالى :

(واخرجوهم من حيث اخرجوكم) فرضا عينيا على كل قادر من الرجال والنساء على السواء ، ونفيرا عاما خفاقا وثقالا ، صيانة لحرمة اوطانهم ومقدساتهم ، وحماية لكيانهم الديني ، وقيمهم العليا ، بل ومصير وجودهم الدولي ، مستقر عزتهم ، وسوء دهم ، والا كان الجزاء الالهي المنصوص عليه صراحة من استبدال غيرهم بهم في الدنيا ، وهو

خزى أبدى ، والعذاب الاليم في الآخرة ، وهذا بالاجتماع
ولا نعلم فيه مخالفا ، لقوله سبحانه ، الا تنفروا يعذبكم عذابا
الينا ، ويستبدل قوما غيركم ، ولا تضره شيئا .

ويتبدى لك بوضوح كيف يربط الاسلام مصير المسلمين في دنياهم
بمصيرهم في آخرتهم على سواء ، اذا تهاونوا او تقاعسوا عن امضاء
امر الله فيهم ، فوحدة المصير في الدنيا والآخرة ، ظاهرة في النص
كما ترى .

فليست العقيدة الدينية في الاسلام مجرد عقيدة (
ميثاقية) غيبية لا علاقة لها بشئون الدنيا ، كما يتوهم .
وانما كان الجهاد فرضا عينيا ، في مثل هذه الحال ، لتعلق
مصير الامة به وجودا وعدما .

ى - وجوب استمرار حكم الجهاد فرضا عينيا ، لقيام أو تحقيق

مناطه ، فما دام شر العدو الباقي قائما ومستطيرا ، فلا يجوز قطع

استمرار هذه الفريضة شرعا ، اذ الحكم يدور مع علته وجود وعدما

وعقد السلم قطع لاستمرار هذه الفريضة مع تحقق مناطها وذلك اسقاط

للحكم مع قيام علته ، وهو محرم ، فوجب استمرار الجهاد شرعا حتى

يستنفذ اغراضه ، وتنزل علته ، تنفيذا لحكم الله .

من المعلوم أن العلة تستلزم الحكم ، وهذا هو قانون الثلازم
المنطقي في هذا التشريع ، اذ العلة هي مناط الحكمة الالهية ، كما

تعلم ، ولا يجوز اهدارها ، لاهل الحكمة الالهية التي تمثل المصلحة
والعدل ، والحكم انما شرع وسيلة لتحقيقها عملا .
وأياها ، ليس للشارع قصد في مجرد اشعال نار الحرب ،
بل لتحقيق اغراضه منها ، ان ليس في الشرع حكم مبتور عن حكمة
تشريعه التي هي روحه ، فالحكم والحكمة مقتربان ، تصورا ووقعا
، والا كان الخلف والتناقض ، وغرضه هنا هو دفع العدوان ، والبغي
قطعا .

وانا كان مناط حكم الجهاد — في مثل هذه الحال — هو
العدوان والبغي ، وما خلفا من آثار ، فان حكم لفريضة الجهاد
العينية ، يبقى قائما ، ما دام مناطه متحققا ، وهذا من بدهييات
التشريع ، انفاذا لامر الله تعالى ، لقوله سبحانه : " وما كان لمؤمن
ولا مؤمنة ، اذا قضى الله ورسوله امرا ، ان يكون لهم الخيرة من
أمرهم " .

نخلص من هذا ، الى أن فريضة الجهاد تستمر ما دام شر
العدو قائما مستظيرا ، يهدد المسلمين في وجودهم ومصيرهم لانه
هو العلة ، حتى اذا انتهى عن صلفه ، وغروره ، وامحت آثار عدوانه
، وأجلى عما انفتصب من ديار المسلمين ، فقد استنفذ الجهاد
اغراضه حيثئذ واصبح القتال غير مشروع ، عملا بمقتضى قوله تعالى :
(فان انتهوا فلا عدوان الا على الظالمين) .

ويجب ان يحرص المسلمون كل الحرص على تحقيق اغراض الجهاد
، وان يتيقنوا من ذلك قبل ان يخوضوا غماره ، استبصارا واستماتة
بمعون الله .

ك - لا يقبل من العدو والباغي جنح الى السلم الا اذا طلبها

استسلاما وعجزا عن المضي في القتال ، او ايثار منه لحق دمه ، او

تسليما بالحق ، وانضوا تحت لواء العدل .

وكذلك الحكم في وجوب استمرار الجهاد فرضا عينيا ، في هذا المجال ، فلا يقبل من العدو وجنوحه الى السلم ، الا اذا طلبها استسلاما لعجزه عن المضي في القتال ، حقا لدمه ، او تسليما منه بالحق ، او رضى بالكف عن العدوان والشر ، وايثارا للانضواء تحت حكم العدل ، فيجاء حينئذ الى طلبه ، شريطة الا يشوب طلبه هذا شائبة من دخل او خداع خفي او فساد طوية ، لقوله تعالى (وان جنحوا للسلم فاجنح لها) ان لم يشرع القتال في الاسلام لذاته . بل لضرورة محسوسة ظاهرة العدوان والبغي ، في الارض ، بجميع صورته ، كما بينا .

ل - على أنه اقتضت ظروف المسلمين ايقاف القتال ، جاز ذلك مهادنة ، لا سلما ولا صلحا ، شريطة ان يكون لفترة موقوتة لا تطول ، لاستجماع القوى ، واعداد العدة على ارفع مستوى ، ثم استئناف الجهاد من جديد ، لقيام مقتضياته ، بعد دراسة الموقف عمليا دراسة تحليلية دقيقة شاملة ، من قبل اهل الخبرة والاختصاص ، لان موضوع حكم الشرع في هذه الحال ، هو القتال والحرب ، فلا بد من استشارة اهل الخبرة فيه ، لان الحكم الشرعي واضح ومعلوم ، ضمانا لتحقيق النتائج المقصودة ، والسيرة بالنسبة ، ومن هنا

كانت الصلة بين الشرع والعلم أو الخبرة المتخصصة وثقى بحيث لا يتصور الانفصال بينهما ، لان العلم موضوع الحكم ، كما ترى ، وانما قلنا ، جاز ايقاف القتال مهادنة لفترة لا تطول ، كيلا تنقطع او تتعطل فريضة الجهاد ، لانها - في شرع الاسلام - مستمرة أبدا دفعا عن الحق والعدل الذي كثيرا ما ييخى عليه ، فلا بد له من قوة قادرة تحميه ، وحتى لا يتخذ العدو من الوقت المتسع في المهادنة فرصة للاستعداد والتأهب لمعاودة قتال المسلمين من جديد .

فالدولة في الاسلام مجاهدة أبدا ، وسلمها قوى عزيز ، لقوله صلى الله عليه وسلم - (الجهاد ماض الى يوم القيامة) وقوله تعالى (ولا تهنوا ، وتدعو الى السلم وانتم الاعلون) .

هذا جماع ما يتعلق بتفسير نص (الصحيفة) على مبدأ هام في العلاقات الدولية بين المسلمين وغيرهم ، مؤداة " ان سلم المؤمنين واحدة ، لا يسالم مؤمن دون مؤمن في قتال في سبيل الله

الا على سوا وعدل بينهم "

ثم جاء التشريع السياسي العام مؤيدا هذا الاصل على النحو الذي رأيت .

سادسا : أكدت (الصحيفة) حماية " الحوزة " - دار الاسلام - كحماية الدين ، وشرائعه ، سوا بسوا ، اذ نصت على أن " يشرب حرام جوفها ، لأهل هذه الصحيفة "

وسلهم ان " يشرب " كانت هي موطن الدولة النخبة يومئذ

دون غيرها من بقاع الجزيرة •

وهذا يستلزم بالضرورة ، وجوب دفع العدوان عنها بداهة
، واخراج العدو منها اذا داهمها ، وهو مؤدى قوله تعالى : (
واخرجوهم من حيث اخرجوكم) •

سابعاً : — حرمة المعاهدات وقد سبقتها في الحرب •

اشارها على النصر في الدين على من كان بيده عهد وميثاق •

وبدليل ذلك ، قوله تعالى : (وان استنصروكم في الدين
فعلينكم النصر ، الا على قوم بينكم وبينهم ميثاق) •

ولا نعلم ديناً أو تشريعاً ، قد رفع من شأن (العهد) الى
هذا المستوى من القداسة وقد كان لهذه القاعدة اثرها في العمل
على استقرار السلم والأمن الدوليين ، من جهة ، وعلى تأصيل روح
الثقة فيما بين يتعامل سياسياً مع دولة اسلامية ، على الصعيد الدولي
مما يعتبر بحق من أهم خصائص سياسة الاسلام الخارجية العادلة •
واساس ذلك ، ان الاسلام لا يفصل بين الخلق والسياسة
لاستناده اساساً الى عقيدة دينية ، وهي — فيما نعتقد — ميسرة
عظمى تفتقر اليها كل السياسات في العالم اليوم ، لاقرار الحق
والعدل ، ذلك لان العقيدة الدينية هي التي تجعل للقيم
الخلقية الاعتبار الاول في التشريع والتعامل ، ان في الميدان
الداخلي بين المواطنين بعضهم قبل بعض ، أو بينهم وبين اجهزة
الحكم في الداخل ، أو في العلاقات الخارجية ، ولا سيما في ابرام
المعاهدات والمواثيق الدولية ، فلا غدر ولا نفاق ، ولا كذب ، ولا

احتمال ، قل تعالى : (وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ، ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها ، وقد جعلتم الله عليكم كفيلا) .
وهكذا ترى أن تنفيذ الحكم الشرعي العملي ، واحترامه وتقديره ، يستند أساسا الى عقيدة المسلم ووجدانه ، وذلك من أعظم (الضمانات) لاستقامة الامر في الامة والدولة على السواء لا سيما في علاقاتها مع غيرها من الدول ، الا اذا بدا ما يشعر بتوقع خيانة الطرف الآخر ، فيكون التنبذ والنقض حينئذ ، قل تعالى (واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء) فلا اعتبارات الدينية النابعة من اصل العقيدة هي بعينها اعتبارات خلقية فليست الصفة الدينية في تشريع الاسلام ، او العقائدية ، اذن ، صفة نقص ، او امر ارجعيا ، او من قبيل العوامل لارجاع عقارب الساعة الى الوراء ، كما يقال ، بل هي عامل فعال في ارساء اصول الفضائل في المجتمع البشري ، ورد الانسان الى الاحتكام الى نقاء فطرته وحيوية ضميره ، وطهارة وجدانه ، وهذا هو اصل التقدم الانساني — فيما نعتقد — واما الكذب ، والخيانة ، والمكر ، والتآمر ، والغدر ، والغش ، والاحتيال ، وغيرها مما يناقض اصول الفضائل ، فمعوقات كاداء ، تمرقل تقدم الانسانية بلا مراء ، وتجعله يرجع بالشعوب والدول القهقري الى عهد البدائية او الجاهلية الاولى ، قال تعالى (أمحكم الجاهلية يبغون ، ومن أحسن من الله حكما) فضلا عن انها من اسباب الاضطراب العالمي ، بينما نرى بعض فقهاء السياسة في الغرب ، من مثل ميكافيلي^(١) ان على الدولة أن تلجأ الى وسيلة

(١) اساطين الفكر السياسي : ص ١٨٨ للدكتور سحافان شحاته .

الحيوانات ، في تنافسها مع الدول الأخرى ، فيجب أن تختار ،
وسائل الأسد ، والشعلب معا ، فتلجأ الى الشدة والبطش ، وهما
طريق الأسد ، والى المكر والدهاء ، وهما وسيلة الشعلب .
ويرى أنه لا بد من الجمع بينهما .

وهم يؤكد ميكيا فيلي ، أن الدولة لن تغفل في تغطية دهائها
ومكرها ، لأنها ستجد دائما سذجا وسطاء ممن يخذعون بتصرفات
الدولة .

بل يرى أن هذا ينبغي أن يكون سبيل كل انسان ، لا الدولة
فحسب ، كمنهج عام للحياة ، فكل ما هو مطلوب من الانسان ، ان
يكون من اللباقة بحيث يجعله يخدع الآخرين ، ويغشهم بدون أن يشعروا^(١)
والسياسة الدولية عملا صدى لهذه الأصول غالبا ، حتى عضرنا هذا .
وهذا مناف بداهة الأصول الاخلاق والفضائل التي جاء بها
الاسلام ، بل هو عين شريحة الغاب ، فكيف تسمى فلسفة أو أفكارا
سياسية ؟

هذا ، والتشريع السياسي الاسلامي ، غني جدا بالاحكام
الخلقية التي تدور في فلك العقيدة ، ثباتا ورسوخا ، بل هو اساس
الاحكام التشريعية الملزمة ، انه لا تكاد تجد قاعدة عامة ، أو حكما
شرعيا تفصيليا ملزما ، مؤيدا بجزء دنيوى قضائي ، الا ويستند
اساسا الى " قيمة خلقية " سواء أكانت في التعامل داخلا ، أم فسي
السياسة الدولية خارجا .

فالعدل مثلا في أصله قيمة خلقية ، لان من لا يكون عادلا لا
يكون فاضلا ، بالبداية والفضيلة اساس الخلق .

وكذلك الاحكام التي تنفي الضرر وتحرمه ، ايا كان نوعه —
لتحول دون وقوعه ، او ترفعه ، بحكم التمويض والضمان بعد الوقوع
، عدلا ، فهي في اصلها احكام خلقية ، لان الاضرار بالناس لا
يتفق واصل الفضائل .

وقصارى القول ، ان الخلق — في تشريع الاسلام السياسي
وثيق الصلة بالعقيدة من ناحية ومفاهيم السياسة فيه من ناحية اخرى
بل هو قوامها ، والعدل في جميع صوره ، ينهض — في الاصل على
اصول خلقية ، ولذا رأينا الاسلام يحفل بالعدل احتفالا لا تجد غيره
مثله فيه ، ان جعله الاسلام احدى الشائتين اللتين انزلت الشريعة
من اجلهما وهما :

الهداية — والعدل ، وهذا منطقي ومعقول ، ان لا يستقيم
امر الدولة — فضلا عن احوال العالم كله — في تدبيرها السياسي داخلا
الا بالعدل ، وقد يما قيل " العدل اساس الملك " ونقصد بالهداية
التوجيهات الى المبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية والعسكرية
، فضلا عن الهداية الدينية في العقيدة والعبادة والخلق .

هذا ، ولا معنى لما يسمى بالديمقراطية الا اذا قامت على اساس
العدل والمساواة ، في جميع النواحي ، السياسية والاجتماعية
والاقتصادية ولا تتوثق المعرى بين الحاكم والمحكوم الا بالعدل .
وكذلك في الميدان الدولي ، المساواة بين الشعوب ، واحترام
حقوقها ومن هنا ازال الاسلام الفوارق العارضة بين البشر ، وقضى
بتشريعه على العنصرية والاستعمار السياسي والاقتصادي ، وأوجب
التعاون والتكافل الانساني العام ، وأقام العلاقات الدولية على

اساس من التكافؤ والعدل ، وحرم الاحتيال والغش ، والغدر والخيانة والكذب ، ووجب الاخلاص والوفاء فيما يبرم من معاهدات ومواثيق ، فكانت هذه الاصول هي روح الحضارة الانسانية الحقبة .
الفكر السياسي الغربي قد فصل السياسة عن الدين والخلق

فصلا تاما ، واطلق على دولته وصف " العلمانية " .

ان النظم الديمقراطية الغربية ليست في جوهرها الا تعبيراً عن تلك السياسة ، ومعلوم ان الديمقراطية فردية النزعة ، عنصرية الاتجاه .

أما أنها فردية النزعة ، فلأن هدفها الاسمي هو " الفرد " وتغليب مصالحه على مصلحة المجتمع وان كان كثير من التعديلات قد طرأت على هذا الاصل في القرن العشرين .
وأما أنها عنصرية الاتجاه ، فلأنها هي بعينها الديمقراطية التي مارست الاستعمار السياسي والاقتصادي بصورة مختلفة ، منذ القرن الخامس عشر حتى القرن العشرين ، وقد كانت لانكترا مثلاً وزارة خاصة يطلق عليها وزارة المستعمرات .

هذا ، وتقوم السياسة على اصول تلخصها فيما يلي :
أ- فصل السياسة عن الخلق والدين ، واقامتها على اصول خاصة بها .

وقوام هذه الاصول الخاصة ، كما تبدت في تدبيرهم السياسي في البلاد المستعمرة ، من مثل سورية ومصر والعراق والجزائر و فلسطين . والهند ، وليبيا وغيرها اعمال مبدأ التفوق المنصري

، وعدم احترام حق الشعوب ، واتخاذ القوة والبطش وسيلة لاكره
الشعوب المستعمرة على قبوله حكمها ، والدسائس والمؤامرات
والمكر ، واشغال الفتن ، سبيلا لتثبيت دعائم الاستعمار ، عملا
بمبدأ " فرق تسد " والتاريخ حافل بالوقائع التي تؤيد هذا النظر .
ولا يمتثل أحد أن هذه الاصول في السياسة الاستعمارية جـد
مشابهة لاصل سياسة ميكافيلي ، لما بينا من أن قوام سياسته ، قوة
الاسد ، ومكر الثعلب ، وضرورة الجمع بينهما ، وأن غاية الحاكم
الوصول الى الحكم ، ثم المحافظة عليه بعد الوصول بشتى الوسائل
أيا كانت طبيعتها ، وان اخلاص الحاكم للمحكوم في تدبير أمره
يعتبر ضربا من الحق فإذا كان هذا أصلا في سياسته بالنسبة للحاكم
في شعبه ، ففي حكم الشعوب الأخرى يكون أصلا من باب أولى ، وهذا
لا يعد وان يكون عملا بمبدأ " الغاية تبرر الوسيلة " وهو من صميم
السياسة الميكافيلية ، وان لم يجهروا به قولا ، فالاستعمار كان همه
دون ريب - ابقاء السيطرة الاستعمارية بكل وسيلة تحقق له هذا
المطلب ، ودون نظر الى قواعد الخلق ، أو تعاليم الدين المسيحي
، أو حتى ما تعارف عليه الناس من فضائل ، وهذا يؤكده مبدأ " السياسة أولا " دون نظر الى أى مبدأ آخر من دين أو خلق ، أو الخير
الانساني العام .

وما يؤكده ان أصول الفكر السياسي الاستعماري قد انحدرت
من فلسفة ميكافيلي ، أن الاستعمار أو التوسع العدواني - في نظر
ميكافيلي - ظاهرة ينبغي أن تبقى في المحيط الدولي ، ان تفرض
ضرورة قيام هذه الظاهرة واستمرارها ، حيوية الامم القوية وسلامتها
فكانت - لذلك - نتيجة طبيعية عادية ومستمرة في نظرهم .

وأيضاً ، المنطق الاستعماري في السياسة الغربية ينتهي فسي
تحليله فلسفياً الى مبدأ " مصلحة الأقوى " أو " الحق للقوة " وهو
مفهوم (العدل) في السياسة الميكافيلية ، بلامراء ، لما علمت
من أن (العدل) ليس شيئاً سوى مصلحة الأقوى في تلك السياسة .
هذا ، ولا شك أن الاستعمار إنما كان يتم بالفتح والقوة الباطشة
ثم ارغام المستعمرات على قبوله ، كرها ، وهذا مما لا يفتر الى دليل
، وليست " الثورات " والجihad المتواصل الذي تولت كبره البلاد
المستعمرة من مثل الجزائر وفلسطين وسورية وغيرها إلا نتيجة لذلك
الأكراه أو التسلط ، وهذا في جوهره ليس إلا تطبيقاً لمبدأ ميكافيلسي
في كتابه " الأمير " الذي يقضي بأن على الأمير أن يحمل الناس قسراً
على كل نظام يفرضه ، وقد تأثر (هوبز) الفيلسوف الانكليزي بهذه
الفلسفة أيضاً حيث أكد على مبدأ الاستبداد ، واعتبر " العملاق "
وما يصدر من قوانين ، هو العدل ، ولا يملك احد ^(١) أن يناقش
تلك القوانين أو يفسرها ، فضلاً عن أنه يفترض أن المحكومين قد تنازلوا
عن حقهم في الحكم على الأشياء بالخير والشر ، أو الحق والباطل ، فهم
أشبه بجماادات لا رأى لهم ، ولا إرادة ، وظاهرة الاستعمار التي عمت
البلاد العربية والإسلامية ، لم تكن في جوهرها إلا تطبيقاً لمبدأ
تلك السياسة التي انحدرت اليها من الفكر الفلسفي لدى ميكافيلسي
وهوبز وستيوارت ميل وغيرهم .

(١) اساطين الفكر السياسي : ص ١٨ وما يليها - للدكتور شعاعه
انظر ما يوحى وصف العملاق من معنى القومية بالنسبة للمحكومين
كأن الدولة رعياياها اقزام ورئيسها عملاق ، وهذا يشبه القصة
- الخيالية الانكليزية المعروفة بحنون (جليفر ترافلز) ؛

ج - مبدأ الاستعلاء العنصرى ، حق للجنس الابيض والعمل بهذا المبدأ لا يزال ساريا في كثير من بقاع العالم ولا سيما في آسيا وافريقيا ، بل وفي أعظم الدول حضارة ، حتى يومنا هذا ، ولا يعدو أن يكون العمل به تطبيقا للمبدأ القديم لروما سادة ، وما حولها عبيد " ح - اتخذت النظام النيابي أسلوبا للحكم ، كما رأيت وبدأ الفصل بين السلطات الثلاث : التشريعية والتنفيذية ، والقضائية ، درءا للاستبداد والتحكم من قبل احداها على الأخرى .

د - جعلت من مبدأ " الحريات العامة " بمفهومها الفردى التقليدى المطلق الذى لا يتقيد الا بالنظام العام والاداب ، ضمانا لتنفيذ سلطة الحاكم ، وقدمتها على مقتضيات الصالح العام ، وقسند كانت هذه الحريات ايمان الثورة الفرنسية انما تعني مجرد الافلات من استبداد الحاكم ، وفي مقدمة هذه الحريات ، الحقوق السياسية ولم تتعرض الى تقرير الحقوق الاجتماعية والاقتصادية للفرد ، الا فسي هذا القرن العشرين .

والحقوق السياسية تشمل حق الانتخاب والترشيح ، وحق التمثيل النيابي ، وحق تولي الوظائف العامة .

هـ - الحرية الاقتصادية ، وهي فرع عن النزعة الفردية المتطرفة . ومن هنا ، أبيع الاحتكار ، والاستغلال ، واعتبرت الارادة الانسانية وسلطانها هي أساس العقد السياسي ، والاقتصادى ، وضمت قاعدة : " العقد شريعة المتعاقدين " بقطع النظر عما يحيط به من ظروف قد تجعل احد المتعاقدين مدعنا لا راضيا حقا بحكم وضعه الاقتصادى الضعيف مما يخل بالتوازن في مضمون العقد اقتصاديا . وبما استغلال ظاهر ، كما أبحاث الربا وغيره من صور الاستغلال عبل

وأغرت الفرد بذلك ، ودفعته الى تأهيل الثروات عن هذا الطريق
تحت اسم سلطان الارادة المعقدية ، أو الحرية الاقتصادية ، كما
هو معلوم ، وهو في جوهره استغلال للأزمات ، أو للظروف الملائمة
القائمة أو الطارئة ، أو للتفاوت الفاحش من حيث القوة الاقتصادية
بين المتعاقدين ، وبعبارة أخرى قامت على " الانانية " والشره
المادى ، نتيجة للفردية المطلقة ، وماباحتها الربا والاحتكار
والاستغلال وارسائها لمبدأ سلطان الارادة المطلق ، نشأت قوة
مالية واقتصادية في يد طبقة كانت ذات أثر فعال على أداة الحكم
تسيره وفق مصالحها الخاصة ، مما أثر بالتالي على الحقوق السياسية
والحريات العامة ، فجعلها شكلية جوفاء ، أو مجرد وسائل لا تقضي
الى غاياتها المقصودة منها ، ومن هنا كان الاستبداد والتسلط
، بفقدان ما أنيط بالحريات العامة من كفالة تقييد السلطة بعنصر
افراغها من معناها الحق ، حتى غدت حريات صورية .

و — الديمقراطية السياسية الغربية نظام تقريرى لا تقويى بمعنى
أنه يترك الجمهور ويأخذ الناس على علاتهم أو على ما هم عليه ،
ويعاملهم على هذا الاساس ، باسم الحرية .

ولو رحننا نبحث في تاريخ الفكر السياسي الغربي لوجدنا المقارنة
النظرية بين أصول بعض نظرياته وبين ما أستقر في الاسلام من مبادئ
لألفينا عجيبا .

فلو أخذنا — على سبيل المثال — فلسفة " سبنسر " السياسية
لألفينا يوحس نظريته السياسية على نظرية " تنازع البقاء " أو " البقاء
" أو للإصلاح " كما ذكرنا وتفرع عن هذا ، ان الدولة — فسي

نظر سبتنسر - ليست ملزمة بتقديم اى مساعدة للفقراء ، او بذل اى معونة للمحتاجين ، بل يرى - ان على المجتمع ان يبيد أو يستأصل تلك العناصر التي تقع صريحة التنازع على البقاء ، والمطالعة العابرة لمثل هذه الآراء توحى بتجردها عن النزعة الانسانية جملة دون ريب .

هذا ، وقد تبنت الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ هذا النظام . .
الديمقراطي القائم على الفردية ، والمبدأ الحرفي للاقتصاد ، أو ما يسمى بالنظام الليبرالي ، واعتمدت القانون الطبيعي المبهم الذى كان ظهره يسرا للنزعة الفردية دستورا لقوانينها .

مقارنة اصول الفكر السياسي الغربي بقواعد التشريع السياسي الاسلامي :

مع النقد والتوجيه :

١- يتجه على الفكر السياسي الغربي ، ان الاخلاق " ترتد من حيث منشؤها الى البصيرة الفطرية في الانسان ، لقوله سبحانه لا يسل الانسان على نفسه بصيرة " ولن تغنيه المعاذير " ولو القى معاذيره " في الانحراف عنها او طراحها ، والبصيرة قوة ذاتية فطرية مركوزة في الانسان تقدره على التمييز بين الخير والشر ، والنفع والضرر والفجور والتقوى ولعل في هذا تفسيراً لقوله - صلى الله عليه وسلم - " الحلال بين ، والحرام بين " ولقوله تعالى " فآلهمها فجورها وتقواها " .
هذا ، وقد أشار الرسول - صلى الله عليه وسلم - الى ان هذه البصائر " الفردية الفطرية الذاتية " يتكون من مجموعها " وجدان عام لدى المؤمنين ذو قوة في الشرع معتبرة في الحكم على الاعياء " وفي التمييز بينهما بقوله - صلى الله عليه وسلم - " لا تجمع امة -

على ضلالة " ولا اثر " ما رآه المسلمون حسنا ، فهو عند الله حسن " فتجريد السياسة عن الخلق اذن ، مما ينافي اصول الاسلام من حيث انه اقام العلاقة — وطيدة محكمة — بين تشريعه السياسي ، وبين فطرة التكوين الانساني ،

وتأسيسا على هذا ، فكل اتجاه عملي ، او تشريع سياسي ينافي مقتضى الفطرة الانسانية ، مكتوب له الفشل ، ان لم يكن سببا فسي استشرأب الفساد والظلم والانحلال .

ولا يقال ان الاخلاق منشؤها المجتمع والاعراف ، ومن ثم تتطور بتطورها ، لان هذا يقضي على اصالتها وثباتها بحكم منشئها الفطري ، وايضا التشريع الاسلامي ليس محكوما بالاعراف ، بل هو حاكم عليها ، يقر منها ما تجيزه معايير ، ويتفق مع أغراضه . وعلى هذا ، فالاخلاق في الاسلام ثابتة ، بامور ثلاثة :
اولها — بحكم تكوين البصيرة فطرة .

الثاني — بالتشريع الامر القاطع الذي جاء استجابة لتلك الفطرة .
الثالث — بالعقيدة ضمنا لاصالتها . ورسوخها ، وعدم انحرافها أو تبدلها ، ولا نعلم مهينا على الهوى لاعتقاد الحق وبذلك اوضحت العقيدة نفسها ميزانا للاخلاق ، بما هي ^(١) اطارها الذي لا تتعداه . وتأسيسا على هذا ، كانت السياسة التي تدور في فلك العلمانية المجردة انحرافا عن اصل الفطرة الانسانية ، ومضادة

(١) أي لكون العقيدة اطار للاخلاق

لها قطعا ، وهذا فارق عميق يفصل ما بين التشريع السياسي الاسلامي ، وغيره من السياسات العلمانية .

وأیضا ، نجم عن أصل فطرية الاخلاق ، مسئولية الالتزام بها ذاتيا ، فضلا عن النصوص التشريعية الآمرة ، ومن هنا كانت " الحرية المسئولة " التي صورها القرآن الكريم ، بأن تغيير القوم ما بهم ، على نحو يتفق ومقتضى اصول الاخلاق الراسخة في بصائرهم ، أو يخالف عن مقتضاها ، سبب في تكليف مصيرهم ، خيرا أو شرا ، مصداقا لقوله تعالى : " ان الله لا يغير ما بقوم حتى يغيروا ما بأنفسهم " أى من تغيير الواقع الى العمل بأحسان الاخلاق او نقائصها عزا والمصير الى نقائص الاخلاق ، هو في واقع الامر تغليب للقوة التدميرية الرابضة في اعماق نفسه الانسانية ، وهي الاهواء والغرائز والميول لانهايار العامل الخلقى الذى ينهض بحيرة الضمير ، وحكمة العقل ولهذا اثره البالغ في حياة البشر ، ولا سيما اذا تعلق بتدبير سياسي ، وعلى الصعيد الدولي ، كما يجر الى الاستهانة بالقيم العليا ثم الى الانحلال والاستهتار ، في الميدان الاجتماعي ، وينتهي الى التقاتل على " المادة " والتهالك على " الجنس " لانعدام المسئولية في الحرية ، وهيمنة الخلق عليها ، وهو ما تعاني منه أم كثيرة فمن بقاء العالم في عصرنا هذا ، فتجريد السياسة عن الخلق ، تصبح معه السياسة قوة هدامة لهدمها قوة الخلق في الفرد والمجتمع وتقويضها لاصل الالتزام والمسئولية في الحرية .

فنخلص أن الدين والاخلاق ضرورة حيوية في النشاط الانساني ولا سيما في التدبير السياسي .

أما الدين ، فلانه ميزان الخلق ، وضمان ثباته واساس الالتزام به ، ومنشأ المسؤولية في الحرية .

وأما الخلق ، فلانه معتصم الانسان ما يربض في اعماق نفسه من قوة تدميرية تتمثل في أهوائه وغرائزه ، فتأتي على حيوية الضمير وصفاء الوجدان ، وحكمة العقل ، بعدم التوجيه العقدي والخلقي ثم يكون الانحلال والتكالب على الجنس والمادة ، آخر الامر كما اسلفنا ، للدولة التي تفصل السياسة عن الدين والخلق ، تغدو غير متحضرة انسانيا ، وان كانت متقدمة ماديا .

٢- ويتجه عليهم في تبريرهم للاستعمار ، والتوسع العدواني من زعمهم بأنه ظاهرة عادية مستمرة تنشأ نتيجة لازمة لحيوية الدول المستعمرة وسلامتها ، وفرد قوتها ، يتجه عليهم في هذا أن " الضعف " او محدودية أسباب القوة ، المادية والمعنوية لدى بعض الشعوب ، يخلق علة في استباحة الحرمات ، وانتهاب الخيرات ، وإزهاق الارواح ، وهضم حق الشعوب وتجهيلها ، للاستعلاء في الارض بغير الحق ، عنصريا بل " الضعف " داعية الى " العون " والبذل والانقاذ ، والانصاف تلافيا لاسبابه ، رحمة ، وانصافا وتكافلا انسانيا ، وهو ما جاء به الاسلام على ما بينا .

وهذا كان " الاستعمار " في حقيقة أمره ، وطبيعة أثره مناقضا للعدل الدولي ، وقانون الرحمة ، بوجه خاص ، والنضلة الانسانية العليا ، آخر الامر ، تلك الاصول التي قررها الاسلام بصورة قاطعة في تعميمه السياسي .

أما أن الاستعمار مناف للعدل الدولي ، فأنه محض يغني وعدوان واستلاب ، وتحكم وهو محرم شرعا بالنص^(١) .

وأما كون الاستعمار منافيا للمصلحة الانسانية العليا ، فلأنها تمثل في " العدل " الدولي " وتقرير حقوق الشعوب في الأرض والتعاون المشترك بينها في دائرة البر .

ومعلوم ان ظاهرة الاستعمار بجميع صوره ، قوامها تحكم القوى في الضعيف ، أرضا وثروة ، وفكرا ، ومعتقدا ، وحياة ، ومصيرا ، تحقيقا لمصلحة الاقوى ماديا ، كما بينا ، وهذا مناف بداهة للعدل الدولي رأسا ، لانه شريعة الغاب ، وهو من ابرز اسباب الاضطراب العالمي والعدل الدولي مصلحة انسانية ، عليا ، بلا ريب .

وأیضا ، لا تلازم بين الحق والقوة حتى يكون الحق تابعا لها فقد يكون الحق للضعيف وهذا هو الواقع في السياسة الدولية غالبا في عصرنا هذا ، بل عبر العصور غالبا ، ومن هنا ، أدرك الاسلام هذا الوضع البشري الظالم ، فكان من أولى مهماته تغييره بمبدأ

(١) قال تعالى : " ولا تعبدوا ، ان الله لا يحب المعتدين " لقوله تعالى : (يا ايها الذين امنوا اذا ضربتم في الارض فتبينوا ، ولا تقولوا لمن اتى اليكم السلام لست مؤمنا ، تبتغون عرض الحياة الدنيا ، فعند الله مغانم كثيرة " .

وثمة آيات كثيرة واحاديث صحيحة تنهي عن العدوان والبغسي وتوجب اقامة العدل الشامل المطلق بين البشر والمساواة بين الشعوب والتعاون على البر على الصعيد الدولي ، كما ذكرنا " وتعاونوا على البر والتقوى " بما طلاق ، باستثناء المحاربين ومن يظاھرهم .

آخر بدلا عنه ، يرمى الى اقرار الحق في الارض عدلا ، وانتزاعه من غاصبه القوى ، نفاية أساسية من غايات السياسة الخارجية للدولة في الاسلام ، أفصح عنها الخليفة الأول أبو بكر الصديق - رضي الله عنه - يؤخذ بروعتها ، كل منصف ، بل كل عاقل ، ان يقول :
" والقوى فيكم ضعيف ، عندى حتى آخذ الحق منه ، والضعيف فيكم قوى عندى ، حتى آخذ الحق له " .

مبدأ سياسي عام خالده ، ورائع حقا ، جاء لينقض المبدأ الاستعماري المعروف : " الحق للقوى " او مصلحة القوى ، كما ترى لم يقرر أن " الحق للعدل " ولذا شرع الاسلام وجوب اعداد القوة المرهبة للعدو حماية لهذا المبدأ ، وتنفيذا عمليا لمقتضاه ، ان لا بد للحق من قوة تحميه وتضمن تنفيذه ، ولذا اوجب الجهاد ، والتضحيات الجسام بالاموال والانفس في هذا السبيل واعتبر صحفا خالسا لله تعالى ، وابتغاء مرضاته ، دون أى غرض نفعي مادي او توسع عدواني ، فكانت الحرب - في الاسلام - ضرورة لمثل هذه الاغراض هذا ، ومبدأ " الحق للقوى " يستهدف تغليب مصلحة هذا الاقوى ماديا استعلاء بالعنصر أو كما يعبر القرآن الكريم ، " ان تكون امة هي اربى من امة " بخير حق ، وقد هدم الاسلام هذا الغرض في كثير من آياته ، من مثل قوله تعالى : (ولا تكونوا كالتي نقضت غزلها من بعد قوة انكاثا ، تتخذون ايمانكم دخلا بينكم ، أن تكون امة هي اربى من امة " ولقوله تعالى : (تلك الدار الآخرة نجعلها للذين لا يريدون علوا في الارض ولا فسادا) فظهر جليا ، ان الاستعمار

ظاهرة من " الظلم " والطغيان والفساد في الارض ، نشأت عن الهوى والعصبية ، والانانية والشره المادى ، وتزعج الاستعلاء بالعنصرية وهي من مظاهر الضعف في القيم ، والخلق ، والافتقار الى الهداية الالهية ، ولذا ، جاء الاسلام لينقضها من القواعد ، لان " الظلم العالمي " منافع للمصلحة الانسانية العليا ، بلامراء

ولعل نزعة الاستعلاء بالعنصر ، أو الانانية ، هي التي حملت فلاسفة السياسة العلمانية الى تجريد ها من الخلق والدين ، لانها لا يلتقيان مع أغراضهم . العدوانية التي ما فتئوا يشعلون نار الحرب الدموية من أجل تحقيقها ، طغيانا وظلما ، حتى يومنا هذا ، قال تعالى في تصوير هذا الوضع : " الذين آمنوا يقاتلون في سبيل الله والذين كفروا يقاتلون في سبيل الطاغوت ، فكل تلوأ أولياء الشيطان ، ان كيد الشيطان كان ضعيفا " .

وأما كون " الاستعمار " مناقضا لقانون الرحمة الانسانية ، فظاهر من قبل أن استلاب المستضعف المقهور حقوقه هو زيادته هلاكا الى هلاكه ، وكذا تجهيله ، لانه يصبح عالة على المجتمع الدولي ، او عضوا مهمل ، وليس هذا من مهمة رسالة الاصلاح في الارض ، ولا " التعاون " البشري بين الشعوب في دائرة البر والخير المشترك ، بل هو شر مستطير ، وفساد عريض . ومن هنا جاءت تعاليم الاسلام على التقىض ، لقوله تعالى : " ونريد أن نمن على الذين استضعفوا في الارض

ونجعلهم أشقأ لوارثين " بل الرحمة هي الغاية الاساسية التي استهدفها الاسلام من أنزال شريعته ، لقوله تعالى : (وما أرسلناك الا رحمة

للعالمين " ولقوله - صلى الله عليه وسلم - " لا تنزع الرحمة إلا من شقي " لقوله عليه السلام : " ارحموا من في الأرض يرحمكم حسن في السماء " وكيف يتفق هذا مع واقع نظرية سينسر ، فنيج أحياء الدولة ليس من مهماتها ان تعين الفقراء او المحتاجين حتى من ابنائها ، فضلا عن ابناء غيرها من البشر ، وان على المجتمع استئصال وابادة الاضعف وهذا نزعة غير انسانية بلا ريب تبرأ منها الاسلام ، ألا ترى انه جمل " الزكاة " ركنا أساسيا في الدين ، مصدرا ماليا دائما لتمويل مصارفها المتعددة ، تكافلا ملزما بين القادرين والضعفاء ، وغير ذلك من الموارد المالية ؟

٣- ويتجه على هذه السياسة ايضا ، في نهابها إلى أن الدولة ليست من مهمتها " الاصلاح " بل عليها أن تأخذ المجتمع كما هو وتعامله على هذا الأساس ، بان تعتمد الى رصد الظواهر الاجتماعية وناء الاحكام او التشريعات على اساسها ، كما يقول العميد دوجي وهذا مبدأ تقريرى لا تقويى ، وهو خلاف مهمة رسالة الاسلام التي قوامها امران :
الصلاح والاصلاح

وقد رأيت أن فقهاء السياسة من المسلمين ، قد بينوا مهمة الدولة ، بقولهم : " حمل الناس على مقتضى النظرى الشرعى " وقولهم " خلافة النبوة في سياسة الدنيا ، وحرية الدين " والحمل هو الالتزام بالاصلاح جبرا ، وكذلك النهاية عن النبوة ، انما كانت " في مهمة الاصلاح " البشرى ولو كانت لا يقاتها على ما هم عليه من الشر والفساد والباطل والظلم ، لما كان ثمة من حاجة ولا معنى لا تزال

الشرائع وارسال الرسل أصلاً .

وقد أكد القرآن الكريم ، ان مهمته هي الاصلاح العالمي ، وذلك باخراج الناس من الظلمات الى النور ، وجرى هذا المعنى على السنة الرسل وحكاه القرآن الكريم : " ان اريد الاصلاح ما استطعت وما توفيقي الا بالله " وقوله تعالى : " اخلفني في قومي ، واصلح ولا تتبع سبيل المفسدين " وقوله تعالى : " والله يعلم المفسد من المصلح " وليس العمل الصالح الا نتيجة لذلك .

هكذا ، وقد كان من واقع السياسة الاجنبية عملاً ما يفيد ان مهمة تلك السياسة ، القا " بدور الشقاق بين الشعوب ، تمكينها لها من السيطرة عليها ، والتحكم فيها وموؤدى ذلك المبدأ " فترق تسد " وهو اساس السياسة وهو من صميم مبادئ السياسة الميكافيلية ، في بعض الدول المعاصرة والله تعالى يقول : " لاخير في كثير من نجواهم ، الا من امر بصدقة ، او معروف او اصلاح بين الناس " وقوله تعالى : " واصلح ولا تتبع سبيل المفسدين " والنص مطلق يشمل الناس كافة لا المسلمين خاصة .

ومن أخص مهمات السياسة الاسلامية ، التعاون الانساني العام على البر والتقوى ، لا التعاون على الاثم والعدوان ، والامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وقد وصف القرآن الكريم تلك المهام في قوله سبحانه : (الذين ان مكناهم في الارض اقاموا الصلاة ، وآتوا الزكاة ، وأمسروا بالمعروف ونهوا عن المنكر) كما وصف الدولة الاستعمارية المفسدة بما يصدر عن رؤسائها الذين يمثلونها بقوله تعالى : (واذا تولى ، سعى في الارض ، ليفسد فيها ، ويهلك الحرث والنسل والله لا يحب الفساد)

وإذا قيل له اتق الله ، اخذته العزة بالاثم ، فحسبه جهنم وبئس المهاد) .

كما حذر القرآن الكريم من افساد ذات البين في مجتمع الدولة الواحدة ، ومن باب أولى بين الدول ، بقوله تعالى : " واتقوا الله ، واصلحوا ذات بينكم " .

هذا ، والتفرق والانشقاق ، وافساد ذات البين في مجتمع الدولة الواحدة ، ومن باب أولى بين الدول ، بقوله تعالى : " واتقوا الله ، واصلحوا ذات بينكم " .

هذا ، والتفرق والانشقاق ، وافساد ذات البين ، اطلق عليها الاسلام " الحالقة " التي تخلق الدين ، وتعصف بالعبادىء والمثل ، ويعود الناس فوضى مضاعين وقد حذر الاسلام بوجه خاص ، من اشعال نار الفتنة ، بقوله تعالى : " واتقوا فتنة لا تصيبن الذين ظلموا منكم خاصة " .

هذا ، وقد رتب القرآن الكريم جزاءات دينية واخروية على احداث الشر والافساد في الارض ، بقوله تعالى : " ظهر الفساد في البر والبحر ، بما كسبت ايدي الناس ، لئذ يقهم بغض السذى عملوا ، لعليهم يرجعون " .

٤- ويتجه عليهم فيما ذهبوا اليه من مبادئ اكراه الحاكم الشعب على مبدأ يعتقدوه ، أن (العقيدة) ولو سياسية عنصر نفسى لا سبيل الى تأسيسها بالقوة المادية ، فضلا عن أنها لا توتي ثمارها عن هذه الطريق اى دون اقتناع ذاتي .
وايضا ، (الاكراه) الغاء للشخصية ، ومحو للارادة الانسانية

وهو ما لا يقره الاسلام بحال ، حتى في العقيدة الدينية التي هي

القضية الاولى ، لقوله تعالى : " ولوشاء ربك لآمن من في الارض

كلهم جميعا أفأنت تكره الناس أن يكونوا مؤمنين " ولقوله تعالى

" لا اكراه في الدين ، قد تبين الرشد من الغي " كما اشرنا

٥- ويتجه عليهم في التمييز العنصري ، بأنه ظلم وفساد كبير

فضلا عن أنه افتقار على أصل فطرة التكوين الانساني ، فكل تصرف

على اساس هذا التمييز ، مناف لمقتضى العدل ، والمساواة ، فضلا

عن الفطرة ، كما أسلفنا .

٦- ويتجه عليهم في فكرة " الحماق " التي قررها تاريخ الفكر

السياسي الغربي أنه الاستبداد والطفيان بعينه ، وان تشريعهم

الذي يصدر عن ارادته الفردية ، مظهر لهذا الاستبداد ، بدليل

ان ليس للناس مناقشة ، ونحن نعلم ، ان الاسلام حارب " الطفيان

" ايما محاربة ، وجسده في شخص " فرعون " ولهذا كان التشريع

لله ورسوله ، وان الدولة مقيدة به ، وان تفسيره وتطبيقه مقيد بالشورى

ايضا ، ولكن من اهله ، والمتخصصين فيه ، وهذا هي الشورى السياسية

والتشريعية في الدولة . وان رئيس الدولة مسئول .

فتلخص ان الاسلام يحرم الحرب للاستعمار ، او الاستعمار العنصري

والجنوح الى استضعاف الشعوب في سبيل ذلك ، كما يهدم مبسدا

" الحق للاتوى " لانه ظاهرة من الظلم والفساد والشر ، ويوجب

الاصلاح بالتشريع الملزم ، وسلطة الدولة واقامة العدل العام

والمساواة بين شعوب الارض ، فلا تفاضل بينهم بسبب أمر عارض يحكم

ظروف البيئة ، كاللون ، واللغة ، بل بالعمل الصالح ، وكحل حريصة

الاعتقاد والتدين ، وأرسى مبدأ " الحق للعدل " وأوجب الشورى
منعاً للتفرد بالحكم ، أو الاستبداد ، بالرأى وحارب " الظلمانيان "
تحقيقاً للمصلحة الإنسانية العليا ، كما أرسى مبدأ التعاون المثمر
على الصعيد الدولي ، تحقيقاً للخير والانساني العام ، وتوثيقاً
للتواصل الحضارى ، وأقام العلاقة الوثقى بين السياسة والخلق
والدين وأوجب الجهاد والتضحيات الجسام ، بالاموال والانفس ، في
فريضة ماضية الى يوم القيامة ، لا للكراه على اعتناق الدين ، بل اعلاء
لكلمة الله في الارض ، وتحقيقاً لتلك القيم الخالدة وحمايتها ، جمعاً
بين الحق ، والعدل ، والقوة ، بجميع معانيها ، مادة ومعنى .
ثامناً - الحقوق الفردية والحريات العامة في التشريع الاسلامي

منشأ الحقوق الفردية ، والحريات العامة هو هذا التشريع
نفسه ، من واقع احكامه ، نصاً أو دلالة ، وهذا بالاجماع .
ومعنى هذا ، أن مصادر التشريع هي مصادر الحقوق والحريات
وليس ذات الانسان وهو ما قرره الامام الشاطبي بقوله : " واما حق
العبد ، فراجع الى الله ، من جهة حق الله فيه ، ومن جهة أنه
كان لله ألا يجعل للعبد حقاً أصلاً " .

ولعل خطبة الوداع اعظم وثيقة اشتملت على تقرير حقوق الانسان .
فالتشريع الاسلامي اذن هو اساس الحق او الحرية ، يقرره بحكم
ومعلوم أن الحكم الشرعي اصولياً ، هو خطاب الله تعالى المتعلق
بأفعال " المكلفين " فالانسان - في شرع الله - هو انسان التكليف
والمسئولية قبل أن يكون صاحب الحق او الحرية .

أما أنه مكلف ، فلأن الحكم الشرعي يوجب تكليفا ، سلبا أو ايجابا حتى الحرية أو الإباحة تتضمن تكليفا ، ٧ من حيث أصل خيرة المكلف في الفعل أو الترك ، بل من حيث التصرف بمقتضاها ، إذ يوجب الشارع ألا يكون مطلقا ، بل حسبما بين الشارع ورسم (٧) وهذا تكليف على أن لم يصب أصل الخيرة ضرا من التكليف أيضا إذ ينبغي أن تكون الخيرة على وجه لا يلزم عنه ضرر بالغير راجح ، ولا سيما المجتمع ، وألا كان لولي الأمر تقييد المباح ، ايجابا أو سلبا ، تقييدا موقوتا ، حتى تنزل الظروف التي استدعت ذلك التقييد ، كما أسلفنا ومقتضى هذا التكليف بالوجوب أو المنع وأما أنه مسئول ، فلأن من المقرر عقلا وشرعا ، أن لا تكليف بلا مسئولية .

على أن مسئولية الإنسان عن تصرفه في جميع وجوه نشاطه الحيوي مقررة بنصوص قاطعة ، من مثل قوله تعالى : " وإن تسدع مثقلة إلى حملها ، لا يحمل منه شيء " ، ولو كان ذا قرين " وقوله تعالى " كل امرئ بما كسب رهين " وقوله تعالى في مسئولية الرسل ^{المرسلين} " ومن أرسل اليهم : " فلنسالن الذين أرسل اليهم ولنسالن " وقوله تعالى : " ولا تزر وازرة وزر اخرى " وإن لم يصب للإنسان إلا ما سعى وإن سعيه سوف يرى ثم يجزاه الجزاء " وفي قوله تعالى : لها ما كسبت

(١) راجع كتابنا الحق ومدى سلطان الدولة في تقييد : ص ٦٦ وما يليها

(٢) يقصد بالتكليف السلبي ، التحريم والكراهة التحريمية
والايجابي الفرض والواجب .

عليها ما اكتسبت" وقوله صلى الله عليه وسلم " كلكم راع وكلكم مسؤول
عن رعيته .. الحديث " .

وغير ذلك من الآيات والاحاديث الشريفة .

وأيضاً ، اذا كان التكليف هو توجيه الخطاب الى البالغ العاقل
بواجب بطلب اليه اداؤه الزاماً ، سلباً أو ايجاباً ، فان هذا الواجب
لا بد أن يقابله حق ينشيء سلطة تمكن المكلف من الاداء ولا تعذر
النهوض بالتكليف ، انه لا واجب بلا حق ، فالتكليف اذا اديست
كانت حقوقاً للغير ، فتقرير الحقوق اذن كان عن طريق التكليف كما ترى ؛
غير ان التشريع الاسلامي - فيما يبدو - قد أولى عنايته اداء
الواجبات قبل تقريره منح الحقوق ، والحريات ، اهتماماً بشأن الواجب
والتكليف ، ذهبا منه الى أن في النهوض بهذه الواجبات على وجهها
الاكمل ، ضماناً كافياً لصيانة الحقوق ، والحريات نفسها ، ان يخفى
عليها او تهدر ، أو يساء استعمالها .

فضمن الحقوق والحريات العامة - كما ترى - منشوء التشريع
نفسه ، بما فرض من تكاليف ، وليس من تقييد سلطة الحكم بها أى بأمر
خارج عن هذا التكليف ، على ما ذهب اليه فلاسفة الفقه الوضعي ، لان
ابتداعهم لنظرية الحقوق الفردية وما تخيله الفقهاء والفلاسفة من أصل
نشأتها وطبيعتها ، واطلاق التصرف فيها ، كمبررات لتقييد سلطة
الحكم ، اما كان مرد " الحكم المطلق " وهذا يتصور في غير التشريع
الاسلامي لسبب بسيط ، هو أن سلطة التشريع في الاسلام لله ورسوله
لا للحاكم ، فسلطته اذن مقيدة بالشرع نفسه ابتداءً .

هذا فضلا عن " العقيدة " ضمانا للحريات والحقوق ، وبما نذكره

، ان الحقوق الفردية ، والحريات العامة ، اذا كان مشيئتها التشريعية
الالهية نفسه اعتقادا ، وكانت ممارستها او التصرف فيها على النحو
الذي رسم هذا التشريع ، امثالا لله تعالى ، وللماعة في التكليف
ووفاء بالمسئولية ، لزم عن ذلك أن يكون كل حق وحرية مظهرا لهذه
العقيدة نفسها ، لا أثرا لمطلق الغريزة والهوى ، وهذا يؤول
بالحرية الى أن تكون ممارستها عبادة وخلقاً ، تتمثل في أداء امانة
التكليف ، ابتغاء مرضاة الله سبحانه ، قبل ان تكون سياسة وتدبيراً
او تصرفاً سياسياً .

ومن هنا ، كانت الحرية العامة ، أو الحق الفردي ممارسة
ناشئة عن اعتقاد ثبوتها ، بالتكليف والمسئولية شرعا ، فكان هذا
الاعتقاد هو منطلق ممارستها ، عملا في المجتمع لا دافع الغريزة
والهوى ، أو الاثرة والانانية ، ولا تبعية التقليد .
وتأسيسا على هذا ، لا يمكن تصور الانسان حرا ، بالمفهوم
الاسلامي ، الا منذ أن أصبح يعتقد أنه مكلف ومسئول لافي أصل
جبلته ، لان هذا الاعتقاد بثبوت الحق او الحرية ، بالتكليف ، هو
منطلق ممارستها عملا ، كما أشرنا ، وقبل ذلك ، كان تحكيم الغريزة
والهوى والاثرة ، أو التقليد والمحاكاة ، وفي الاولى عبودية لا حرية
فيها ، وكذلك في الثانية ، لما فيها من الغاء للإرادة والشخصية
والهوى والتقليد كلاهما يتغلبان على حكمة العقل ويقظته الضمير
كما أشرنا ، ولذا كانا هما الدعاوال اول للاسلام .

وإذا كان كل من ممارسة الحرية والحق ، ناشئا عن الاعتقاد
بثبوت أصلهما بالتكليف والمسئولية عنه ، لا قبلهما لزم من هذا ، ان

الانسان لم يخلق مزودا بالحقوق والحريات بأصل جبلته ، وانما خلق ليكون حرا بالتكليف والمسئولية . وهذا الاصل في الاسلام على النقيض مما ذهب اليه الديمقراطية السياسية ذات النزعة الفردية ، وفلسفتها الخيالية ، وهو ما أشار اليه الامام الشاطبي بقوله : " وأما حق السيد فراجع الى الله ، من جهة حق الله فيه ، ومن جهة أنه كان لله الا يجعل للعبد حقا اصلا " .

اذن ، التشريع الاسلامي هو الذي انشأ الحق انشاء ، وضمنه مفهوما معينا حدده بأحكامه ومبادئه ، ووضع دستوراً لممارسته يحقق ذلك المفهوم عملا ، وهذا أمر واقعي ومحسوس ، وليس ذات الانسان منشأ للحق ، ولا القانون الطبيعي ، لان ^{هنا} محض فلسفة وخيال ، دفع اليه الرغبة في التخلص من استبداد السلطة الحاكمة ، او ظلم الملوك في القرن الثامن عشر .

وعلى هذا ، فالاصل ان المسلم الحق — في هذا التشريع — هو انسان التكليف والمسئولية قبل أن يكون صاحب الحق والحرية ، لما أسلفنا ، وأنه ليس انسان الانطلاق والقوضى الذي يفعل ما تملي عليه رغائبه وشهواته ومناقضه الذاتية بحيث يكون همه الافلات من استبداد سلطة الحكم ، ومن التبعات التي يلقيها على عاتقه المجتمع ، لأن هذه الاوضاع ينكرها الاسلام .

فالحرريات العامة والحقوق كافة ، منظور اليها من خلال التشريع الاسلامي نفسه أولا ، نشأة ومفهوما ، وضمانها بالتكليف ، وقد منحت او شرعت لغايات مرسومة شرعا ينبغي على أربابها ان يمارسوها على نحو يفضي الى تحقيق تلك الغايات ، وهذا لا يتفق مع الاطلاق والهوى

والفوضوية في شيء * .

ومن هذا ، يدولنا ، ان اعتبار الحق او الحرية خصيصة طبيعية للانسان الفرد ، قد خلق مزودا بها ، على النحو الذي رأينا في الفلسفة الفردية ، كيلا يكون للحاكم سلطان عليها ، انما كان مجرد افتراض فلسفي ، او تخيل وهمي اختلق تنزيها لمقاومة الاستبداد في الحكم ، أو ضامنا — كما قيل — للحد من العسف السياسي ، حتى لم يعد للحرية من معنى في تلك الفلسفة الا الافلات من سلطات الدولة ولين هذا النظر مما يتفق وطبيعة الحقوق والحريات العامة في الاسلام في شيء ، لا من حيث المنشأ ، ولا من حيث المفهوم ، ولا من حيث الدواعي والبررات التي اقتضتها ظروف خاصة لم يعرفها المجتمع . . الاسلامي .

أما من حيث " المنشأ " فظاهر ، لان اصل الحق هو الشرع وليس ذات الانسان ، او القانون الطبيعي الذي كان ظهيرا للنزعة الفردية ، بدليل أن أصحاب هذه الفكرة ، قد اخذوا ينكصون عنها . وأما من حيث المفهوم ، فلان كلا من الحق الفردي ، أو الحرية العامة في الاسلام ، ذو مفهوم فردي واجتماعي معا ، على ما سيأتي بيانه ، الامر الذي ينافي معنى الفردية الخالصة ، والاطلاق في التصرف وفق المشيئة والهوى والاثرة ، فضلا عن معنى الافلات من استبداد السلطة . .

وأما من حيث " البررات " فانها غير ذات موضوع في هذا التشريع لنسب بسيط هو ان الاسلام ٧ يجيز الاستبداد بحال ، أو اى لون من ألوان الحكم الظالم ، اذ التشريع لله ولرسوله ، ٧ للارادات الانسانية

المتغيرة بما يوجهها من نوازح وأهواء وأثره وإنانيات ، فهذه المشكلة
لا يعرفها الاسلام على الاطلاق .

تاسعا — الاسلام بتشريع السياسي بوجه خاص ، وتشريع

العام ، رسم طريقا عمليا لتحقيق الحريات العامة في معانيها الحققة

حتى لا تغدوا صورا بلا مضمون ، وشكلا بلا معنى .

التشريع الاسلامي — في واقع الامر — جاء لتحرير الانسان ،

نفسا ، وعقلا ، وإرادة ، من سلطان الهوى ، وتبعية التقليد .

وباعتبار أن " الانسان " مدني بالطبع ، كما يقول العلامة

ابن خلدون ، لا يسعه العيش الا في مجتمع ، كانت " الغاية "

من منحه الحق والحرية ، في الاسلام مزدوجة ، وهي تحقيق

المصلحة لنفسه ولمجتمعه في آن معا ، على نحو يوصل معنى الكرامة ،

ودرء الضرر والمفسدة عنهما ، وإزالة العقبات التي تعترض سبيل المجتمع

في نموه وازدهاره وهذه غاية اجتماعية وإنسانية ، فكان الاسلام ذا نزعة

جماعية بلا مرا ، لمراعاته المصلحتين : الخاصة والعامة على السواء .

وقد أوضحنا آنفا ، أن لا انفصال بين الصالح العام والصالح

الخاص في هذا التشريع ، فهما معا واثان متكافلان ، وهذه " الغاية "

المزدوجة هي محور التشريع الاسلامي كله كما أشرنا ، ولا يقر الاسلام

تناقضهما ، بل يوجب رفعه بقواعد محكمة .

وقد أدرك هذا المعنى بعض الكتاتيبين المحدثين بقوله : " ومهما

تكن — الحقوق — شخصية ، لا يمكن أن تكون منفصلة انفصالا كاملا عن

حقوق الناس (١) —

(١) المجتمع الانساني : ص ١٩ ، أبوزهرة .

ولا يقصد بالمعنى الاجتماعي والانساني في الحق الفردي والحرية العامة ، الا هذا .

وبدهي انه اذا استحال انفصال " الحق الفردي " عن حقوق الناس ، او حق المجتمع ، " فمصلحة " كل منهما ، لا تنفصل عن الأخرى كذلك ، وهو ما أشرنا اليه آنفا من ان سلامة الصالح العام شرط اساسي لتمكين الفرد من الانتفاع بحقوقه وحرياته .

ومعلوم ان الحق ليس الا وسيلة للمصلحة التي شرع من اجلها . وتأسيسا على هذا ، كان مفهوم الحق والحرية مشتقا من هذه الغاية المزدوجة التي هي محور التشريع كله حتى لا تتناقض الجزئيات مع الاصول العامة ، او مع الاساس العام للتشريع كله .

وقد تمثلت هذه " الغاية الانسانية " من خلق الحياة والموت اجمالا ، في قوله تعالى : " تبارك الذي بيده الملك ، وهو على كل شيء قدير ، الذي خلق الموت والحياة ، ليلوكم ايكم احسن عملا " .

أى للفرد والمجتمع معا ، على ما دل عليه الاستقراء ، ذلك ان حسن العمل لا يمكن أن يتم بالاحسان الى الذات ، والاضرار بالمجتمع .

الاضل أن المعنى الاجتماعي والانساني عنصر جوهري في مفهوم

الحق والحرية ثابت شرعا بالاستقراء وهو مناط المشروعية في التصرف أو

الاستعمال اساسها العدل ، اذ لا عدل حيث تنتفي المشروعية ضرورة

فكان هذا الاصل منافيا للفردية في مفهوم الحق والحرية ، والاطلاق

في التصرف فيهما ، وهو ما استقر اصلا في الديمقراطية السياسية ذات

النزعة الفردية .

ان المعنى الانساني أو الاجتماعي عنصر جوهري ، في ملاك مفهوم الحق أو الحرية ثابت ، في الاسلام قطعا ، الى جوار عنصره الذاتي ، بحيث غدا ذلك المعنى الانساني جزءاً من مناط مشروعيته ، والا فلماذا جرم الاختيار ، تحريماً قاطعاً وبالاجماع^(١) اذ الأمر بالاجتماع ؟ ليس من اليسير ان يقال بأن الحرية الاقتصادية في الاسلام هكذا قولاً ومرسلاً على عواهنه دون تحقيق اصولي على النحو الذي قرره العلامة ابن خلدون في مقدمته ، لاتصال ذلك بالمشروعية والعدل في الاسلام .

وبيان ذلك ، انه اذا كان المعنى الغيرى أو الاجتماعي الثابت بمقتضى الاصل القطعي المعنوي العام : " حق الغير محافظ عليه شرعاً " عنصراً جوهرياً في مفهوم الحق الفردى ، او الحرية العامة ، بحيث ينعكس اثره على مدى السلطة في استعماله ، حق غدا هذا العنصر الاجتماعي مناطاً للمشروعية ، تدور معه ، وجوداً وعدماً ، أو قل مناطاً للعدل في الاسلام ، لان ما لا يكون مشروعاً لا يكون عدلاً

(١) ذهب بعض الحنفية الى أن الاختكار " مكروه تحريماً " خلافاً للكاساني ومعلوم ان الحنفية لا يفرقون بين الحرام والمكروه تحريماً من حيث العمل ، اذ يوجبون المنع في كل منهما غير ان الفارق يتصل بأمر اعتقادي بحسب ، هو كراهة جاحد المكروه تحريماً وعدمه ، وهذا امر وراة التشريع العملي الملزم .

اقول اذا كان ذلك كذلك ، فان القول بالحرية الاقتصادية بما هو تأكيد لمعنى " الفردية " في الحق ، والاطلاق في التصرف ، يستلزم مبدئيا - اسقاط هذا المعنى الاجتماعي من مفهومه ، لما قدمنا من ارتباطه بالمشروعية ابان التصرف ، وهو ما لا يجوز بحال ، ولما قدمنا ، من ارتباطه بالمشروعية التي اساسها العدل ، ولذا كان حقا من حقوق الله تعالى ، ونظامه الشرعي العام ، ومن هنا نشأ تحريم الاحتكار - على سبيل المثال - الذي هو في حقيقته مظهر لحرية التصرف في الملك على نحو سلبي (١) .

وتأسيسا على هذا ، فان (الحرية المطلقة) في النشاط الاقتصادي ، والاجتماعي ، والسياسي ، بما تستلزم من وحدة المناط وهو اسقاط المعنى الاجتماعي والانساني الذي تمثل في الاضرار بالمجتمع ضررا فاحشا ، ليست اصلا من اصولنا ، لمنافاتها للمشروعية والعدل ، واخلالها بجهة التعاون ، وهو ما أشار اليه الامام الشوكاني ، والزيلعي ، ومن قبلهم الامام مالك وغيره من الائمة .
وايضا ، تبدو جوهرية ، المعنى الاجتماعي في مفهوم الحق بمعنى العدل ، وجودا وعدما فيما يرشدنا الى ان قيام المشروعية بتقييد بمراعاته ، وانتفاءها رهن باسقاطه ، والتقييد ينافي الاطلاق بداهة .

وقد رأينا ، أنه حين انتفى هذا العنصر الاجتماعي والانساني بالحرية في التصرف في الملك احتكارا ، تجرد استعماله من العدل

(١) لان الاحتكار هو حبس السلع او المنافع والامتناع عن بيعها والناس في حاجة ماسة اليها ، تربصا بالناس الغلاء ، والامتناع تصرف سلبي .

والمشروعية ، وكان الظلم ، وهو الملحظ القوي الذي اعتمد الامام الكلاساني في كتابه " البدائع " اساسا لتحريم الاحتكار على وجه القطع (١) ، بناء على تحقق معنى " الظلم " فيه ، ولا منشأ للظلم في الاحتكار الا آثاره من انهيار المعنى الاجتماعي او الغيري وهو الاضرار بالمجتمع ، فثبت - بالمفهوم المخالف - ان صون المجتمع او الصالح العام ، عن الاضرار ، ابان التصرف في الحق الفردي ، او الحرية العامة ، هو منشأ العدل فيه ، وهو المعنى الاجتماعي في الحق الفردي ، او رعاية جهة التعاون .

فخلص ، أنه اذا كان اسقاط المعنى الاجتماعي من مفهوم الحق الفردي بالحرية المطلقة في التصرف فيه كسبا وانتفاعا ، فان مراعاة ذلك المعنى الاجتماعي وتحقيقه عملا (٢) ، عدل لا ريب فيه ، عملا بالمفهوم المخالف ، بل هو من أقوى صور العدل في الاسلام لوصفه بحق الله تعالى ، كما بينا .

(١) من ادلة الامام الكلاساني هذا الدليل العقلي ، فضلا عن الادلة التفصيلية النقليية البدائع : ج ص

(٢) يحبر الامام الشاطبي عن اسقاط المعنى الاجتماعي من مفهوم الحق ، بعدم مراعاة " جهة التعاون " التي أوجبها الله تعالى تشريعا تكافليا ملزما في الفروع والجزئيات ابان التصرف في الحقوق والحرليات ، لقوله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان)

هذا ، وأكثر ما يطلق " جهة التعاون " على المصلحة العامة ورعايتها اذ تدخل في مفهوم " البر " دخولا اوليا - الموافقات : ج ص

فتبين بجلاء منافية الحرية المطلقة في التصرف في الحق — ومنها الحرية الاقتصادية — لمقتضيات المشروعية والعدل في الاسلام ، فكيف يتأتى للمعلامة ابن خلدون ان يقول بتلك الحرية المطلقة في الوقت الذي يعترف فيه بتحريم الاحتكار ؟؟ تناقض ظاهر .

هذا ، وليس حكم الاحتكار تعديا غير معقول المعنى ، او لا يمكن ادراك " العلة " التي اوجبت حكمه وهو التحريم ، بل هو معقول المعنى — كما يقول الاصوليون — ان الضرر العام هو اساس الحكم بالتحريم ، اجماعا ، وينسحب هذا الحكم حينما تحققت علته ، وفي كافة المواطنين التي يساء فيها استعمال الحق او الحرية العامة قياسا وطردا للعلة ، فيكون الحديث خاصا في منطوقه ، لتعلقه بالاحتكار ولكنه عام في معناه بعد التعليل ، فيشمل كافة الحقوق ^{من حيث مبادئها} وعلى هذا ، فالشرع ان يوجب على كل مكلف رعاية " جهة التعاون ^(١) " على حد قول الامام الشاطبي ، تعبيرا عن مصلحة المجتمع — ايمان تصرفه في حقه ، او ممارسته لحرية العامة ، ويجعل هذه الرعاية مناط المشروعية والعدل — كما رأيت — فانما يؤكد " مبدأ التكافل الاجتماعي الملزم " في التشريع الاسلامي ، بين الفرد والمجتمع ، كيلا يقع التناقض بين مصلحتيهما ، والا كان الظلم لا ينتفأ المشروعية فسي التصرف الفردي ، فالتكافل الاجتماعي ان ، اساسه العدل ، كما ترى ، ولا نقصد بالمعنى الاجتماعي والانساني في مفهوم الحق الفردي او الحرية العامة الا هذا .

وعلى أساس التكافل — وهو العدل — تقيد الأوامر والنواهي
أبان تطبيق موجباتها في العمل والوقوع ، على ضوء من مآلات هذا
التطبيق ، إذ لا يعقل أن يصطدم موجب الأمر والنهي في هذا
التشريع مع أساس العدل فيه .

فتأدى بنا هذا النظر إلى أن الحرية المطلقة سواء في السياسة
أم الاجتماع ، أم الاقتصاد ، تنافي التكافل حتما ، للفردية والاطلاق
، فكانت منافية لاساس العدل والمشروعية ضرورة ، ولذا قلنا إنها
ليست أصلا من أصولنا .

على أن العلامة ابن خلدون لا يسعه أن ينكر سبب سقوط
" المشروعية " عن حرية التصرف في الملك احتكارا ، وهو مآل تلك
الحرية الذي تمثل في الضرر العام ، فكان ذلك دليلا قاطعا على أن
قيام مشروعية التصرف في الحق وانتفاؤها ، قد غدت رهنا بأثاره ،
مصلحة أو مفسدة ، وهو ما يستلزم نفي معنى الاطلاق عن الحرية قطعا
كما تسرى . .

وترتب على هذا ، أنه إذا انتفى معنى الاطلاق عن الحرية في
التصرف في الحق أو الحرية العامة ، انتفى معنى الفردية والذاتية
الخالصة من مفهومه قطعا ، وثبت بالتالي المعنى الاجتماعي فيه إلى
جواره ، وهو ما صرنا إليه فكلنا عنصرا مزدوجا فيه ، وهو ما استقر
أصلا معنويا عاما ^(١) ثابتا قطعا — على حد تعبير الامام الشاطبي —
أورث مفهوم الحق والحرية بالاضافة إلى العنصر الخاص الذي يتعلق

بمصلحة صاحبه أصالة ، المعنى الاجتماعي عنصرا جوهريا فيه ، لا مجرد قيد يرد عليه من خارج ، كما بينا ، بدليل أن مشروعية التصرف في الحق غدت رهنا بقيام هذا المعنى الأخير كاملا ، فكان جزءا من منطاط المشروعية ، بحيث تسقط اذا انتفى واقعا وعملا ومن مثل الاحتكار بيع الحاضر للبادي ، وتلقى السلع ، ومنع بيع الاسترسال ، وبيع المضطر وشرائه ، وتقرير حق الفسخ بالنسبة للمضطر عند اختلال التوازن في اقتصاديات عقد الايجار بالاعذار ، ووضع الجوائح فسي بيع الثمار ، بتخفيض الثمن عن المشتري المضطر بقدر التالف منها ، بفعل النوازل الطبيعية التي لم يكن لاحد المتعاقدين يد في احداثها ولا قبل له بدفعها ، وتحريم اغتفاع المرتهن باليمين المرهونة وغير ذلك كثير ، استقراء ، لسقوط المعنى الاجتماعي للحق في الممارسة والعمل في كل اولئك ، سواء أكان الضرر والراجح خاصا أم عاما ، دفعا له وترسيخا لمبدأ التكافل الملزم في التعامل ولا سيما عند حلول الازمات ، منعا للاستغلال والضرر مما يستلزم القول بانتفاء الحرية الاقتصادية التي ذهب اليها ابن خلدون ، إذ لا تجتمع مع المعنى الاجتماعي والانساني الذي قرره الاسلام في مفهوم الحق والحرية العامة أو حق التملك بداهة .

واذا كان هذا ثابتا في حق الملك أو حق التملك وهما من أعظم الحقوق أهمية في التشريع ، لكونهما دعامة أساسية في التنظيم الاجتماعي والاقتصادي والسياسي كان ثابتا في غيرها من الحقوق والحرمان سواء بسواء بالتأمل ، ولا ندرجها في الاصل القطعي المعنوي العام من وجوب المحافظة على " حق الغير " شرعا والتمييز تحكم ، إذ المعدل

عاشرا : الفرد — في التشريع الاسلامي — ذ وجود دولي

وسا يؤكد ارتباط المصلحة الفردية بالمجتمع والدولة ، ان هذا التشريع لم يحدد مركز الفرد فيه على اساس من مخض فرديته ، كإنسان مستقل منحل ، يدور تصرفه في حقوقه وحرياته حول محور صالحه الذاتي ، أنانية وأثره ، ولا على اساس وصفه كائنا اجتماعيا فحسب بل تعدى ذلك الى أن جعله ذا وجود دولي ، كلامة "سوا" بسوا" والدولة مسئولة عما يمنحه من عهد .

وبان ذلك ، انه بانتماؤه الى الاسلام ، يعتقد ، وديننا ، وتشريعا ، أضحت الدولة مسئولة عنه تجاه الدول الاخرى ، ولهذا تعقد المواثيق الدولية حفاظا على حقوقه ، وتأمينا لحرياته وحرمانه في حله وترحاله ، ومنشأ هذا ، هو الوجود الدولي للفرد فسي الاسلام .

وليس هذا فحسب ، ان قد يقال انه ثابت الآن في جميع الشرائع بل نرى الاسلام ، يعتبر ما يصدر عن الفرد المسلم من " عهد " يجير به طائفة من المحاربين ، أو يؤمنهم على أنفسهم وأموالهم ، " عهدا " تلتزم به الدولة نفسها ، بشرط أن يعرض على رئيسها الاعلى أو من ينوب عنه في ذلك ، بل اعتبر عهد الفرد ولو كان " عبدا " فقد كتب ابو عبيدة — وكان قائد الجيش — الى عمر — رضي الله عنه وهو الخليفة ان " عبدا " امن اهل العراق ، وسأله رأيه ، فكتب اليه

نهمر : " ان الله عظم الوفاء " ، فلا تكونون اوفياء حتى تغفوا ، فوفروا لهم ، وانصرفوا عنهم " وحجة عمر فيما ذهب اليه ، قوله — صلى الله عليه وسلم — " ويسعى بذمتهم أدناهم " بل أقرأمان " المرأة " لقوله — صلى الله عليه وسلم — " قد أجرنا من أجرت يا أم هانئ " .
هذا ، والجمهور على وجوب احترام أمان الرجل الحر المسلم^(١) فتلخص ان الاسلام لم يمنح الفرد حقوقه وحرياته العامة ، فحسب بل انشأ له كيانا دوليا ، وأوجب على الدولة الوفاء بعهد وامانه ، بشرط موافقة رئيس الدولة ، او من ينفيه على ذلك .

حادي عشر : الحقوق الفردية ، والحریات العامة ، بمفهومها

الاجتماعي والانساني ، بعضها من أعظم مقاصد التشريع قوة ، واعلاها

مرتبة ، كحق الحياة ، وهي الضروريات ، وبعضها من المقاصد

الحاجية ، كحرية الرأي ، وهي اصل مقطوع به في الشرع ، ولا يجوز

الغاؤه ، او منهادرته .

الحرية هي المكنة العامة التي قررها الشارع للأفراد على السواء .
تمكينا لهم من التصرف على خيرة من أمرهم ، دون الاضرار بالغير .
من الفرد او المجتمع .
وهي نوعان :

١- الحريات العامة التي تتعلق بالمصالح المادية ، وذلك كحرية
التجارة ، والتملك وحرية الصناعة

(١) الرسالة الخالدة : ص ١٢٠ للاستاذ عبد الرحمن عزام .

٢- الحريات العامة التي تتعلق بمصالح مبنوية ، وذلك كحرية

العقيدة والعبادة ، وحرية التفكير وابداء الرأي .

والواقع أن هذه الحريات تعتبر حاجات أولية للإنسان تقتضيها

فطرته ، فقررها الشرع استجابة لتلك الفطرة .

فالفطرة إذن - في نظر الاسلام - قد جاءت الى المجتمع بحاجات

تفتقر اليها ، ولم تجيء بتشريع ناشئ عنها ، وان كانت تنطوي على

مواهب تقدرها على تفهم التشريع ، أو تقديره .

أما حرية العقيدة ، فقد تقدم للقول فيها ، والاسلام هو أول

تشريع اقر مبدأ " حرية العقيدة " فيما نعلم .

وأما حرية الرأي ، فأكبر مظهر لها هو الاجتهاد بالرأي في هذا

التشريع الذي قام على أساسه هذا التراث الفقهي العالمي ، والمجتهد

مأجور على اجتهاده اذا كان كفواً ، قد اقام كافة الأدلة وبذل أقصى

جهد العلمي ، في موضع البحث ، ولو أخطأ الحقيقة والصواب في

واقع الامر .

ومعلوم ، ان علي بن ابي طالب - كرم الله وجهه - قد رفض

الخلافة حين طلب اليه ان يتخلّى عن اجتهاده ، ويعمل باجتهادات

ابي بكر وعمر .

فالاجتهاد بالرأي ان هو بذل أقصى جهد علمي من أهله

في سبيل البحث عن الحقيقة ، لا مجرد ابداء الرأي بالهوى .

وعلى أي حال ، فان حرية الرأي في الاسلام مكفولة ، بل واجبة

كأما كالمشورى ، لانها ضرب من المشاركة السياسية ، ولكن بشرط أن

تحقق معناها الاجتماعي والسياسي فلا تكون صورية تضر بالصالح

العام ، أو بالغير من الافراد ، لقوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا ، اتقوا الله وقلوا قولا سديدا " وقوله سبحانه : " قل لعبادي يقولوا التي هي أحسن " وقوله تعالى : " قول معروف ومغفرة ، خير من صدقة يتبعها أذى " وقوله تعالى " والذين هم عن اللغو معرضون " واللغو ليس هو مجرد الشرثرة ، بل هو القول المنافي للحكمة والسداد . وحرية الرأي قد تتخذ نوعا من النقد أو النصح النزيه البناء ، وهو مطلوب .

هذا ، وحرية التفكير والرأي في العلم لاستجلاء الحقيقة ، امر حيوى للتقدم العلمي نفسه ، وهو واجب ، فالعقل بدون حرية شيء لا غناه فيه ، والحرية بدون عقل ، فوضى وفساد وشرثرة لا يقوم على اساسها علم ولا حضارة .

واعتبر القرآن الكريم تعطيل العقل ، ارتكاسا الى دراجعة الحيوان الا عجم لقوله تعالى : " ولقد ذرأنا لجهنم كثيرا من الجن والانس لهم قلوب لا يفقهون بها ، ولهم أعين لا يبصرون بها ، ولهم آذان لا يسمعون بها ، أولئك كالانعام ، بل هم أضل ، أولئك هم الغافلون " وكذلك " الشورى " من أهم مظاهر حرية الرأي في الاسلام ، ولا سيما من الناحية السياسية ، على ما سيأتي تفصيله .

أما كون هذه الحريات من المصالح الحاجية ، فلان أضل الحياة يثبت بدونها ، ولكن مع ضيق ومشقة غير معتادة ، تخلف ، وهذا منفي في الدين ، فوجب دفعه ، وذلك بالمحافظة على هذه الحريات فضلا عن أنها بمعناها الاجتماعي — أساس التقدم وازدهار .

ثاني عشر : الحريات العامة ، أو حقوق الانسان ، قد وردت في

القرآن الكريم في صورة تكاليف بنصوص آمرة ، وذلك ضمانا للزام بها

وتنفيذها ، كما وردت في السنة ، ولا سيما في خطبة الوداع :

القرآن الكريم دستور الأمة ، فالنصوص التي قررت حقوق الانسان
دستورية ، تملو على كل اجراء ، وتقضي على كل نظام اجتهادي
تتخذ الدولة ، فكان ذلك اكبر ضمان لصيانة هذه الحقوق والتقييد
بها ، عقيدة وامثالا لامر الله .

وما يقال في الكتاب العزيز يقال في السنة الصحيحة ، انه هي
وحي معنى واجبة العمل ، كالقرآن ، سواء بسواء .

بينما نرى الاعلان العالمي لحقوق الانسان ليس له قوة الزامية
وان كان من المسلم به لدى أنه كدستور ينبغي أن تنقيد به كل دولة
وليس أدل على ذلك من معاملة اسرائيل للعرب المناهضين لها ،
والمقهورين لها ، ان تعاملهم بوحشية لم يشهد العالم لها نظيرا في حين
انهم يناهضونها دفاعا عن ارضهم وبلادهم ، لانهم اصحابها الشرعيون
فالمغتصب ذو حق ، والمعتدى عليه المجاهد في سبيل دينه وبلاده
مخرب ؟ .

ولو كانت الدولة في اسرائيل اسلامية لكان اليهود رعايا يحكمون
بحسب الاسلام ، ويعاملون على قدم المساواة مواطنين ، لهم ما لغيرهم
وعليهم ما علينا ، ذلك هو تشريع الله عز وجل .

ثالث عشر : حق المساواة في الاسلام

المساواة هي أساس العدل ، ولذا كانت مبدأ عاما يطبق على

الرعية داخل الدولة وبين الشعوب على الصعيد الدولي ، كركن أساسي من السياسة الخارجية دون حيف أو محاباة أو تمييزه بلون أو عنصر ، أو اختلاف الدين ، لما يأتي :

١- لقوله تعالى : " يا أيها الناس انا خلقناكم من ذكر وانثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا ، ان اكرمكم عند الله اتقاكم "

٢- وقال تعالى : " وما أموالكم ، ولا أولادكم بالتي تثمركم عندنا زلفى ، الا من آمن وعمل صالحا " .

٣- وجاء في خطبة الوداع قوله عليه الصلاة والسلام : " يا أيها الناس ، ان ربكم واحد ، وان اباكم واحد ، كلكم لادم ، وادم من تراب اكرمكم عند الله اتقاكم ، ليس لعربي على عجمي ولا لعجمي على عربي ولا لاحمر على ابيض ، ولا ابيض على احمر ، فضل الا بالتقوى ... الا هل بلغت ؟ اللهم فاشهد " .

٤- وقال عليه السلام في شأن الذميين : " من أدى ذميا فانا خصمه ، ومن كثرت خصمه خصمته يوم القيامة " .

٥- وقصة القبطي الذي شكاه الى عمر بن الخطاب اعتسداً ابن ولابي دهر ، عمرو بن العاص عليه بالطم معروفة .

٦- وعمر هو الذي سوى بين الذمي والمسلم في كفاة العيش

عليهم السلام .

وكذلك المساواة امام القضاء ، وفي تقليد الوظائف العامة .

تحقيقا لتكافؤ الفرص .

اما المساواة في التكليف العامة ، كالزكاة ، فتعتبر مقابلا

عادلا للمساواة في الحقوق والحريات العامة .

رابع عشر — حق التملك بالطرق المشروعة :

هذا الحق سبيل لكسب حق الملكية ، وقد رأينا أن حق الملك ثابت في هذا التشريع بنصوص قاطعة ، فكان أصلا في النظام الاجتماعي والاقتصادي ، وسعلوما من الدين بالضرورة ورأينا أيضا " الوظيفة الاجتماعية للحق " أو المعنى الاجتماعي فيه ، ونصر جوهرى في مفهومه منذ أن شرع ، ولم يكن هذا المعنى أثرا لتطور الحياة بالناس على النحو الذى رأينا في القوانين ذات النزعة الفردية التى أخذت تعدل من نظمها في هذا القرن العشرين نتيجة للتطورات التى طرأت على الحياة الاقتصادية والاجتماعية بظهور الصناعات الضخمة وإنتاجها الكبير ، واختراع الآلات .

ومن آثار الوظيفة الاجتماعية للحق ، نشأ مبدأ نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة على ما قرره الإمام الشاطبى ، عند التعارض المستحكم . ويقول الشيخ أبو زهرة في هذا الصدد : " أن يكون في النزع نفع عام ، وقد روى أن النبي — صلى الله عليه وسلم — حى أرضا بالمدينة ومنع ملكيتها الخاصة ، وجعلها لعامة المسلمين ينتفعون بها " ويجب التعويض وقد حى عمر أيضا أرضا بالريذة .

على أن حق الملك بما هو ذو مضمون اجتماعي ينهض بالتكافل على وجه ملزم ، إذا لما له من وظيفة اجتماعية ، فإنه يتعلق بمحله حق المجتمع ، ويزداد تعلق هذا الحق بما عند المالكين ، كلما ازدادت أزمات المجتمع تفاقم ، وهو ما قرره الحنفية .

وقد أدرك بعض المحدثين هذا المعنى المستخلص من فقه المحققين من علماء المسلمين ، حيث يقول : (وأنه كلما اشتدت

الحاجة ، عظم حق الناس في الأموال المملوكة وضيقت حرية التصرف
والانتفاع وحرية المنع والامتناع^(١) وهذا هو المعنى الاجتماعي والتكافلي

في حق الملك .

فهذا التكافل الاجتماعي في الاسلام ، ليس مبدأ خلقيا يترك
تنفيذه للارادة الخلقية للمكلف ، بل هو تشريع ملزم ينفذ بسلطان الدولة
كما ترى ، تحقيقا للمعنى الاجتماعي في مفهوم الحق الذي هو مناط
العدل ، كما علمت ، والعدل واجب اقامته وتنفيذه مقتضاء .

خامس عشر — الحقوق الاجتماعية في الاسلام :

لم يقتصر الاسلام على تقرير الحقوق السياسية ، بل شرع حقوقا
اجتماعية تجعل للحقوق السياسية التي قررناها آنفا معنى وحقيقة
ويمكن الفرد ان يمارسها على الوجه المجدي ، لنفسه ومجتمعه ، وهذا
دليل بين على نزعة الاسلام الجماعية التي ترعى حق الفرد والمجتمع
مما .

يوكد هذه النزعة ، أن الدولة في الاسلام ذات وظائف ايجابية
عامة قد نهضت بها الفروض الكفائية ، كما أسلفنا ، لتحقيق الصالح العام .
كما يوكد ها مبدأ التكافل الاجتماعي الملزم على النحو الذي بينا .
ومعنى هذا ان الفرد في كالة المجتمع ، ليكون في امان من الحاجة
في مقابل أن يعرى الفرد الصالح العام .

(١) الشيخ محمد ابو زهرة : ص ١٩٠ المرجع السابق
— هذا وقد قرر الحنفية ذلك في باب الاحتكار وما يتركه من اثر على
المسلمين .

هذا ، وليست " الزكاة " هي المصدر الوحيد لتمويل التكافل الاجتماعي ، ضمانا لحاجة الفرد ، واقامة مرافق الدولة ، بل فسي المال حق سوى الزكاة ، وفي هذا المعنى يقول الرسول - صلى الله عليه وسلم - " ان الله فرض على اغنياء المسلمين بالقدر الذي يسع فقراءهم ، ولن يجهد الفقراء اذا جاعوا او عروا ، الا بما يصنع اغنياءهم ، الا وان الله يحاسبهم حسابا شديدا ، ويعذب بهم عذابا اليما (١) " .

وأكد عمر - رضي الله عنه - هذا المعنى بقوله : " لو استقبلت من أمري ما استدبرت ، لآخذت من الاغنياء اموالهم ، فرددتها على فقراءهم " .

سادس عشر - مسئولية الحاكم عن تمسهم الحاجة ، وما يفتقر

اليه المجتمع من مرافق عامة ، وتلك في الواقع ، مسئولية الدولة التي

يمثلها .

للفرد في الاسلام - العيش الحر في مأمن من الحاجة وفي ظل من التكافل الاجتماعي ، تأكيدا لكرامته الادمية ، والكرامة الانسانية اصل عتيد في الاسلام كما عملت .

- وقد كان عمر بن الخطاب واحدا لابعاد مسئوليته كرئيس اعلى للدولة ، فكان يتفقد الرعيّة .

(*) جاء في المحلى تأكيد لهذا المعنى التكافلي ما نصه : " وفرض على الاغنياء من أهل كل بلد ان يقوموا بفقراءهم ، ويجبرهم السلطان على ذلك ، ان لم تقم بهم الزكوات " ج ٦ ص ١٥٦ لابن حزم

ويرعى اطفال المسلمين ، وذوى الحاجة ، ويقوم بكل ما تقتضيه مصلحة الدولة من اقامة المرافق العامة .

هذا ، وقصته مع المرأة التي أخذت توهم اطفالها ان تصلى لهم طعامهم في قدر مملوءة حجارة ، معروفة .

وعمر بن الخطاب هو الذى كان يقول : " والله لو عثر بعير بشط الفرات ، لخشيت ان يسألني الله عنه يوم القيامة " . وهذا وعي من عمر - رضي الله عنه - لما للرعية من حقوق اجتماعية هو مسئول عنها ، فضلا عن الحريات العامة والحقوق السياسية ، وقد كان مبعث هذا الوعي قول الرسول - صلى الله عليه وسلم - " كلكم راع ، وكلكم مسئول عن رعيته ، وا لمام راع ومسئول عن رعيته - الحديث " .

وقوله - صلى الله عليه وسلم - : " ان الله سائل كل راع عما استرعاه ، حفظ أم ضيع " .

وانما قلنا ان الحقوق الاجتماعية تجعل للحقوق السياسية والحريات العامة ، معنى وحقيقة ، من قبل ان لاقية لحرية الراى أو حق التملك ، أو حق الانتخاب مثلا ، اذا كان الفرد فقيرا معدما ، اذ تصبح هذه الحقوق خيالية بالنسبة اليه ، فضلا عن انه يصبح عرضه لان يشتري ضميره بالرشوة ، فلا تؤدى حرية رأيه أو شواره معناها الحقيقي في مثل هذه الحال .

سابع عشر - الشورى السياسية والتشريعية في الاسلام :

مقدمة :

الشورى حق ، ولكنه حق ذو وظيفة تؤدى من أجل الخير فردا كان

أم مجتمعا ، فكانت حقا وواجبا معا ، واعتبار أن السياسة إنما تعني
" القيام على الأمر بما يصلحه " أو هي " تدبير الأمر في الأمة داخلا
وخارجا تدبيرا منوطا بالمصلحة ، فإن الشورى السياسية في جوهرها
ليست إلا مبدأ عاما يوجب على الصفوة المختارة من أبناء الأمة اختيار
الصالح المناسب لظروفها ، وهو القوى الأمين الذي ينهض بمهام
سياسة الدولة وشئونها " تحقيقا لمصلحتها العليا ، لما تقرره في
الشرع " التصرف على الرعية منوط بالمصلحة .

وهذا ضرب من المشاركة السياسية ينهض به القادرون ، وذوو
الكفاءات والخبرات من أبناء الأمة .

هذا ، واختيار الرجل المناسب ، أو رجل الوقت كما يشيهر
الامام الماوردي ، أصل مقرر في الاسلام ، لاختلاف نوعية الاعباء الجسام
التي تحددها ظروف الوقت ، ولا قضاؤها كقضايا وموهلات معينة
عقلية ، ونفسية ، وخلقية وعملية ، وعلمية ، وقبل ذلك موهبة فطرية
قد أنمتها وصقلتها خبرات مكتسبة من شأنها ان توصل في النفس
" حنكة سياسية " تقدره على الاضطلاع بمهام السلطة والحكم .
هذا فيما يتعلق باختيار الحاكم الاعلى في الدولة .
— والشورى — في الاسلام — أصل مشروعية الولاية العامة على الأمة .
وفي هذا المعنى يقول عمر رضي الله عنه : " من بايع رجلا عن غير
مشورة من المسلمين ، فإنه لا بيعة له ، ولا الذي بايعه (١) " .

(١) سيرة ابن هشام : ج ٤ ص ١٣٨ .

ويؤكد هذا المعنى الامام الغزالي ايضا بقوله : " ولو لم يبايع أبابكر غير عمر ، بقي كافة الخلق مخالفين ، لما انعقدت الإمامة ، فان المقصود الذي طلبنا له الإمامة ، جمع شتات الآراء ، ولا تقوم " الشوكة " (١) ، الا بموافقة الاكثرين (٢) وانما المصحح لعقد الإمامة (رئاسة الدولة) انصراف قلوب الخلق لطاعته ، والانقياد له في أمره ونهيهِ (٣) .

ويقول ابن تيمية موضحا اساس شرعية الولاية العامة وأنها الشورى العامة بقوله : " وكذا لك عمر ، لما عهد اليه ابوبكر ، انما صار اماما ، لما بايعوه واطاعوه ، ولو قدر انهم لم ينفذوا عهد ابى بكر ، ولم يبايعوه ، لم يصرا اماما " اى بحكم الشرع واعتباره .
وعلى هذا ، فان مبدأ الشورى يدل على أمور :

١- النزعة الجماعية في التشريع الاسلامي بحيث تجعل من السياسة مادة مشتركة بين الحاكم والمحكوم ، ينشأ عنهما علاقة وطيدة بينهما . وتكفل سياسي في تسيير شئون الدولة ، وهو ما تستلزمه المسئولية المتبادلة بينهما .

٢- تحقيق ذوات الافراد وما اوتوا من مواهب وملكات كي تستفيد الدولة والإمامة من كافة طاقات ابنائها ، ولا سيما في شئون الحكم والسياسة وهذا هو المعنى بقوله تعالى : " وأمرهم شورى بينهم " كحقيقة اساسية من خصائص المسلمين فكانت واجبة في اتخاذها ابتماء ، وواجبة التقيد بنتائجها انتهاء .

(١) النفوذ والقوة

(٢) الغالبية

(٣) الرد على الباطنية : ص ٦٦ .

ليست الطاعة - في الاسلام - مصدرها " فكرة الحق الالهي " التي كانت سائدة في اوربا بالنسبة للملوك ، في القرن السابع عشر والثامن عشر وانما السلطة في الاسلام انما تعنى " القيم العليا " في حالة الحركة والتنفيذ ، وهذا يستلزم الا يكون الحاكم مطاعا لذاته ولا لشخصه ، ولو كان رسولا مصطفى ، لقوله تعالى : " ليس لك من الامر شيء " وانما يطاع اذا كان مطيعا هوأولا ، وقد اكد هذا المبنى الخليفة أبوبكر - رضي الله عنه - بقوله : " اطيعوني ما أطعت الله فيكم " .

وعلى هذا ، فالسلطة لا تعنى " القوة المطلقة " وانما السلطة في الاسلام ليست الا تجسيدا لمبادئه ومثله وقيمه الخالدة ، ومن هنا كان وجوب الطاعة ، لتقيد السلطة بالكتاب والسنة عملا ومقصدًا .

٤- ان الدولة دستورية شورية

مبدأ انفصال شخصية الحاكم عن الشخصية المعنوية للدولة في

الاسلام

ليس الحاكم الاعلى في الدولة - في نظر الاسلام - هو الدولة نفسها ، وانما يمثل سلطتها فحسب ، وينوب عن الامة في تنفيذ شرعها ولذا وجب أن يكون مطيعا قبل أن يكون مطاعا شرعا ، لان السيادة للشرع لا للحاكم .

فالسلطة اذن من مبادئ الشرع ، ولكنها مجرد وسيلة اقربها الشارع ، لتنفيذ الامر وشرعه .

واما تكييف العلاقة القائمة بين الامة وحاكمها الاعلى فهي علاقة هياكلية ووكالة ، ومن هنا كانت الشورى ، وكانت السلطة التي يتقلدها

الحاكم لتنفيذ الشرع مستمدة من الأمة ، التي هي صاحبة المصلحة الحقيقية ، فهو يستمد سلطته في تنفيذ الشرع من الأمة بمقتضى عقد البيعة ، نيابة عنها ، ولكنه لا يستمد منها سلطة التشريع لأنها لا تملكها أصلا ، إذ التشريع لله .

أما أن تصرفه على الرعية منوط بالمصلحة ، فهذا يعنى أن ما يصدره من تشريعات اجتهادية ونظما ، ومراسيم ، مشروطة بشرط ، هي أن تملك القدرة على الوفاء بحاجة الأمة ، وأن تكون مطابقة لمقتضيات الشرع في الأحوال والظروف المتغيرة ، ومن هنا كانت له سلطة إيقاف العمل لحكم الإباحة على ضوء من المصلحة العامة ، وهذا يتم بالإرادة المنفردة ، بل بالشورى " التشريعية " التي تنشأ بعد اختياره ، حاكما أعلى ، ويضطلع بها " أولوالامر " في الأمة ، وهم المتخصصون علميا في شتى الشؤون العامة ، وأرباب الخبرات المهنية والزراعية والتجارية ، والسياسية والعسكرية ، ومجتهدو التشريع الإسلامي ، كما أشرنا آنفا ، وتكليف المباح بجعله واجبا أو مهنوعا في ضوء الصالح العام . فالشورى السياسية هي أساس الرضا العام فيما يتعلق باختيار الرئيس الأعلى للدولة ، وهو مبدأ عام لا بد من تنفيذ مقتضاه في كل زمن وبيئة ، لأنه من خصائص الأمة الإسلامية " وأورهم شورى بينهم " . وأما الشورى التشريعية فيتولاها المجتهدون بالاستعانة بأولى الامر .
من هم أولوالامر في الأمة ؟

قلنا أن الشورى " التشريعية " مبدأ يقضي باسناد الامر الى أهله حتى يستقيم الامر ، وليست مقصورة على الفقهاء المجتهدين ، كما يظن أو على خصوص الحكام ، بل تشمل كافة " ذوى الكفاءات " التي تتعلق

بجميع شئون الدولة ، ومجالات الحياة ، لما قدمنا من أن الحكم الشرعي ليس حكما مجردا يعمل في فراغ ، وانما هو ذو موضوع يتصل بفسروع من الاختصاصات ، فكان التلازم قائما بين الحكم الشرعي ، والتخصص العلمي المتعلق بموضوعه ، إذ لا يمكن فصل الحكم الشرعي عن موضوعه الذي يتطلب خبرة علمية خاصة ، في نظر الاسلام .

فالشورى التشريعية إذن هي السلطة التشريعية في الدولة بالمعنى الخاص ، وهو يعنى استنادها الى كتاب الله وسنة رسوله وما يبنى عليهما من الاحكام الاجتهادية بمعايير تشريعية معروفة ، وبلاستعانة باهل الخبرة والتخصص في سائر الشئون ، وفي مقدمتهم الفقهاء المجتهدون .

وقد جاء في تفسير الطبرى والقرطبي بيان للآراء الفقهية في تحديد المراد " بأولى الامر " ومنها انهم " أولو الفقه في الدين والعقل ^(١) " ومنها انهم أولو العقل والرأى الذين يدبرون امر الناس ^(٢) " وهذا المعنى مقصورا على المجتهدين ، كما ترى .

ويذهب الامام محمد بن عبد الله الى معنى قريب من هذا ولكنه أشمل وأوضح ، إذ يقول " ان المراد بأولى الامر جماعة أهل الحل والعقد من المسلمين " وهم الامراء ، والحكام ، والعلماء ، ورؤساء الجند وسائر الرؤساء ، والزعماء الذين يرجع اليهم الناس في الحاجات والمصالح العامة ، فهو لا اذا اتفقوا على أمر أو حكم وجب أن يطاعوا

(١) تفسير الطبرى : ج ٨ ص ٤٩ ، ص ٥٠٢ القرطبي : كتاب الشعب ص ١٨٢ ص ١٨٣

(٢) تفسير المنار : ج ٥ ص ١٨ وقد استند الامام محمد بن عبد الله في رأيه هذا الى تفسير النيسابورى الذى استند هذا بدوره الى الفخر الرازى .

فيه ، بشرط أن يكونوا منا ، وان لا يخالفوا أمر الله ولا سنة رسوله
التي عرفت بالتواتر ، وان يكونوا مختارين في بحثهم الامر ، واتفاقهم
عليه ، وان يكون ما يتفقون عليه من " المصالح العامة " وهو ما لولي
الامر سلطة فيه ووقوف عليه (١) .

وقد ذهب الى هذا الرأي ايضاً الشيخ شلتوت ، ان يقرر ان
اولي الامر ، هم : " أهل النظر الذين عرفوا في الامة ، بكمال
الاختصاص في بحث الشؤون ، وادراك المصالح ، والغيرة عليها
وكانت طاعتهم هي الاخذ بما يتفقون عليه في المسألة ذات النظر
والاجتهاد ، بما يترجح فيها ، عن طريق الاغلبية او قوة البرهان (١) .
وهذا ، ينفي أن يكون المقصود بأولي الامر خصوص الحكام
ولما لمجتهدين من الفقهاء كما ترى .

هذا وقد كان لمرضي الله عنه - نوعان من الشورى : عامة وخاصة
أما العامة فكان يلجأ اليها في الامور الخطيرة ذات الشأن
أما الخاصة فكانت للتمرف على الحقيقة والصواب فيما يجتهد فيه
من الاحكام الشرعية ، وكان مجلسها يتكون من مجتهدى الصحابة
الذين يتكون منهم النخبة المختارة من أهل العلم ، ومن لهم سابقة
في الجهاد والاخلاص في انشاء الدولة وحمايتها .
نظرية الشورى في التشريع السياسي الاسلامي :

اذا كان الاجتهاد الفردى والجماعى في أحكام الشريعة أصلاً لا

من أصول فقها فمعنى ذلك أن حرية الرأي والتعبير لا سيما فيما يتعلق بالتشريع الاجتهادي — وهو من الخطورة بمكان — أصل من أصول الشريعة ، غير انه مقيد — كما قلنا — بما لا يمس أصلا من أصول العقيدة أو الاصول المقطوع بها ، أو العبادة وما لا يضر الغير أو بالدولة .

وحرية الرأي والتعبير في الشريعة كاملة وغير مقيدة الا بما ذكرنا وهي مظهر من مظاهر الشخصية الانسانية ، لانها تحقق وجودها الفكري بما تعبر عن ملكاتها ومواهبها .

فالشورى — وهي خصيصة من خصائص الامة الاسلامية كما قلنا — مبدأ عام مقرر في القرآن الكريم ^(١) وهو : في الميدان الاجتهادي — حق لمن استوى على درجة معينة من الكفاءة العلمية الاجتهادية ، كما انه واجب في الوقت نفسه ، فكان حقا وظيفيا اذ المصلحة التي رسمها الشارع غاية الشورى راجعة الى الامة أصالة ، لا الى الفرد أو الجماعة التي تنهض بها أما أنه حق فلان الامة — مثله في أهل الحل والعقد — تقع على عاتقها المسؤولية المشتركة في النهوض بعصب الاجتهاد التشريعي ، لانه من مستلزمات الشريعة ضمانا لاستمرارها ولخلودها باستجابتها للوفاء بحاجات الزمن ، وفي توجيه السلطة القائمة بالحكم عملا بمقتضى الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وما يقرره — قوله صلى الله عليه وسلم

(١) قال تعالى : " فما أوتيتم من شيء فمتاع الحياة الدنيا ، وما عند الله خير وأبقى للذين آمنوا وعلى ربهم يتوكلون ، والذين يجتنبون كبائر الاثم والفواحش ، وإذا ما غضبوا هم يغفرون ، والذين استجابوا لربهم ، وأقاموا الصلاة ، وأمرهم شورى بينهم ، وما رزقناهم ينفقون " سورة الشورى : آية ٣٦ — ٣٨ ذكرت الشورى خصيصة بين الخصائص الذاتية للجماعة الاسلامية

(كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته) ولا مسؤولية بدون حق أو سلطة —
بداهة ، فالشورى على هذا سلطة وحق في آن معا .

١ — الشورى — حق واجب كفاي على الامة :

على أن الشورى اذا كانت أصلا من أصول التشريع الاجتهادى ، لانها
نواة الاجماع فان القرآن الكريم يقررها واجبا كفايا ، على الامة — سواء —
في باب الاجتهاد بالرأى أم في الحكم والسلطة والواقع فيه خلاف من قال
بالندب (١) ، لكن الراجع ما ذكرنا من الوجوب لانه خاصية أساسية لجماعة
المؤمنين ، أو عنصر من عناصر الشخصية الايمانية الحققة (٢) وانزلت سورة
في القرآن الكريم تسمى (الشورى) لتقرر ذلك .

ولقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشورى مع أنه كان فسي
غنى عنها ، لتأييده بالوحي ، ليسن للمسلمين هذا الطريق في الاجتهاد
بالرأى ، وتبادل وجوهه في كل مصلحة عامة تعرض ، وليتبعوه أيضا في تولية
الحاكم الاعلى ، تأكيدا لرضا الامة عن ينوب عنها في تنفيذ شرع الله وحكمه
فيها ، وجمعا لشتات آرائها .

٣ — أمر الرسول عليه الصلاة والسلام بالشورى في غير شأن الوحي :

قال تعالى (مخاطبا رسوله — صلى الله عليه وسلم —) وشاورهم
في الامر (٣) أى في غير أمر الوحي ، وأهم أمر لا يتعلق بالوحي ، انما
هو السياسة وتدبير شؤون الامة وبذلك يتبين لك أن ولي الامر لو كان
رسولا مصطفى — لا يستبد برأيه فيما لا يتعلق بأمر الوحي .

(١) تفسير ابن كثير : ج ١ ص ٤٢٠

(٢) الاسلام عقيدة وشرعة : ص ٣٦٨ (٣) آل عمران آية ١٥٩

على أن الخلفاء الراشدين — رضوان الله عليهم — اخذوا بمبدأ الشورى — بعد وفاة الرسول — صلى الله عليه وسلم — ايماناً منهم بأنه أصل عقيد في ادارة شؤون الامة ، ومن المقطوع به ان تحرى الحق الموافق للمصلحة من الزم واجبات ولي الامر ، لان " تصرفه على الرعية منوط بالمصلحة " وبذلك قضى الاسلام على أعظم اسباب الآفة التي تصيب أداة الحكم في الامة وتبيده ، وهو الاستبداد بالحكم والتفرد بالرأى .
ثامن عشر — مبدأ المسؤولية في القرآن الكريم والسنة المطهرة :

الاساس العقائدي لمبدأ المسؤولية :

ترتبط المسؤولية — الفردية والجماعية — في القرآن الكريم بعقيدة الاستخلاف ، قال تعالى : (اني جاعل في الارض خليفة) وقال عز شأنه (آمنوا بالله ورسوله وانفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه) (١) .
فالخلافة الانسانية في الارض التي جاء القرآن الكريم بها عقيدة وهي مصدر الالتزامات الايجابية والسلبية التي تقع على عاتق الانسان المسلم لوجه نهوضه بأعباء هذه الخلافة ، حتى يتم له صوغ الحياة الانسانية على عين الشريعة : اعلاء لكلمة الله في الارض ، واخلاصا لله تعالى في صدق المهودية .

آ — المسؤولية صفة تكريم وتشريف :

وواقع الامران المسؤولية بنوعيهما نابعة من مبدأ الكرامة الانسانية

(١) راجع مؤلفنا : (الحق ومدى سلطان الدولة في تنقيده) بحث : الواقعية في نظر الاسلام الى المال . (والفرد مستخلف للانفاق والتفكير) ص ١٦٣ وما بعده .

الذى جاء به القرآن الكريم حقاً عاماً للبشر ، (ولقد كرّمنا بني آدم)
 وقلنا ان الكرامة تستتبع السيادة ، اذ لا كرامة بلا سيادة ، فالمسؤولية
 اذن مشتقة من هذه السيادة ، ومن هنا ثارت مسؤولية الانسان قبل
 نفسه بوصفه سيدا مسيطرا على هذا الكون ، او بوصفه مكلفا ان يكون
 كذلك ، وقد زود الله سبحانه بالملكات الفطرية العليا ، وبوسائل
 المعرفة ، ومنافع العلم ، من السمع والبصر والفؤاد — العقل — ولذا
 كان مسؤولا عن كل اولئك ، أى عن قوة ملكاته الظاهرة والباطنة ، يؤكد
 هذا المعنى قوله تعالى : (ان السمع والبصر والفؤاد كل اولئك كان
 عنه مسؤولا) .

أى ان هذه هي الوسائل التي تمكنه من السيادة وتحقيق معنى
 الاستخلاف ، وهو مسئول عن استخدامها فيما خلقت له .

ب — مسؤولية الانسان المسلم قبل نفسه تتبدى في وجوب اجتناب

نوازع الطغيان ودواعي الهوى ومنها :

الطغيان آفة البشرية ، والهوى عدو لثيم للحق ، والخير ،
 وإنسانية الانسان .

قال تعالى : (فأما من طغى ، وآثر الحياة الدنيا ، فان الحجيم
 هي النأوى ، وأما من خاف مقام ربه ، ونهى النفس عن الهوى ^(١)) فان
 الجنة هي النأوى ^(٢) وقال تعالى : (ونفروا سواها فالهمها فجورها

(١) المقصود بالهوى — بواعث الشر والفسا والضلال التي تتنافى ودواعي
 الخير والحق والصلاح .

(٢) النازعات : آية ٣٧ — ٤١ —

وتقواها قد أفلح من زكاها وقد خاب من دساها (١) .

ج — المسؤولية الفردية الدينية :

يقرر القرآن الكريم مبدأ المسؤولية الدينية في آيات صريحة مؤداها أن كل انسان مجزى بعمله ، ان خيرا فخير ، وان شرا فشر ، وان مسؤولية شخصية لا يحمل وزره احد غيره ولو كان ذا قرى ، قال تعالى : (وان تدع مثقلة (٢) الى حملها ، لا يحمل منه شيء ، ولو كان ذا قرى) وقال جل شأنه : (لا تزر وازر اخرى) ، وقال تعالى : (وان ليس للانسان الا ما سعى ، وان سعيه سوف يرى ، ثم يجزاه الجزاء الاوفى) (٣) وقال تعالى : (لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت) (٤) الى غير ذلك من الايات الكثيرة التي تؤكد مبدأ المسؤولية الاخروية ، وهذا اشد خطرا ، وأوقع أثرا في نفس المؤمن ، ان تحرره وجدانا وقلبا من دوافع الائم وبواعث الجور ، كما تصفى نفسه من كدر المادة ، وشهوة الطغيان .

د — المسؤولية الفردية الدنيوية مزدوجة :

١ — اساسها الفقهي :

تعتبر هذه المسؤولية صدى أو انعكاسا للتكاليف العبادية والحيوية المادية والمعنوية التي تشغل بها ذمة المسلم قبل نفسه وقبل غيره من الفرد أو المجتمع وذلك أضحت للفرد المسلم في القرآن الكريم شخصيتان

(١) الشمس : آية ٧ — ١٠ .

(٢) الى نفس ثقلت عليها اوزارها .

(٣) النجم : الاية ٢٦ — ٤١ .

(٤) البقرة : الاية : ٢٨٦ .

شخصية فردية وشخصية اجتماعية ذات التزامات قبل غيرها كما أسلفنا .
هذه الشخصية المزدوجة في تكاليفها الشرعية بينها قوله تعالى
: (ليس البر أن تولوا وجوهكم قبل المشرق والمغرب ، ولكن البر من آمن
بالله واليوم الآخر والملائكة والكتاب والنبیین ١٠٠ الآية)^(١) وهذه هي
الالتزامات أو التكاليف المطلقة بالفرد من حيث هو شخص مستقل عن
غيره^(٢) ، فهو أن مسؤول عن اضلال نفسه .

وأما تكاليفه الاجتماعية فيبينها قوله تعالى بعد ذلك : (و آتی
المال على حبه ذوی القربى والیتامى والمساكين السبیل ، والسائلین
وفي الرقاب ، وأقام الصلاة ، وآتی الزكاة ، والموفون بعهدهم إذا
عاهدوا ، والصابرين فی البأساء والضراء ، ورحین البأس أولئك الذین
صدقوا وأولئك هم المتقون)^(٣) وهذه هي مسؤوليته الاجتماعية قبل
غيره من الفرد أو الأمة .

على أن هذه المسؤولية الفردية قد اكدتها السنة النبوية ، إذ
رفض الرسول — صلى الله عليه وسلم — شفاعة أسامة قاتلا : (إنما هلك
الذین من قبلكم ، انهم كانوا اذا سرق فیهم الشریف تركوه ، وإذا سرق
فیهم الضعیف اتابوا علیه الحد ، فوالذی نفس محمد بیده ، لو أن
فاطمة بنت محمد سرق لقطع محمد یدها) .

(١) البقرة : الآية ١٧٧ .

(٢) هناك تكاليف أخرى شرعها القرآن الكريم تتعلق بالفرد كشخص
مستقل من الحلم والاعتدال في الانفاق والحفاظ على الحياة فمما
من القاتل في التهلكة وغير ذلك ولكن الذي يعنينا هنا أن نقرر
أزدواج هذه الشخصية ولو بدكر بعض التكاليف الخاصة بكل منهما .

(٣) البقرة : الآية ١٧٧ .

فكل انسان رهن بما اكتسب ، ولا يحمل احد وزر غيره ، ولو كان رسولا مصطفى^(١) ، ولقد حمل الرسول صلى الله عليه وسلم عشيرته الاقربين المسؤولية ، وأبان لهم أنه لن يغني عنهم من الله شيئا عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حين انزل الله : وأندرعشيرتك الاقربين) قال : (يا معشر قريش اشتروا أنفسكم ، لا أغني عنكم من الله شيئا ، يا بني عبد مناف ، لا أغني عنكم من الله شيئا . . . الحديث) . وجلاها الرسول صلى الله عليه وسلم في قوله : (كلكم راع ولكم مسؤول عن رعيته . . . الحديث) .

هـ - المسؤولية تبرر الحرية التي هي مظهر للشخصية الانسانية

العاملة المستقلة :

على ان المسؤولية تبرر الحرية ، (ان لا مسؤولية بلا حرية او بلا سلطة) — والحرية تستتبع الشخصية العاملة المستقلة ، غير ان الفرد في نظر الشريعة ليس هو ناك الذي يدور في فلك الحرية المطلقة فالشريعة ان منحت الفرد حقوقه الشخصية من (الحرية والمعصية والمالكية)^(٢) باعتباره انسانا ، قيدت ذلك كله بما ألقت عليه من مسؤولية — دينية ودينية — لتحد من حريته بما يمنع الاضرار عن نفسه وغيره ولا ريب أن المسؤولية الفردية ان تستتبع الحرية تبررها ، وهي من جهة اخرى تقيدها بدائرة البر والصالح العام^(٣) .

(١) قال تعالى : (ما عليك من حسابهم من شيء وما من حسابك عليهم من شيء)

(٢) التلويح على التوضيح ضد للتفتايات ج ٢ ص ١٦٢ .

(٣) راجع مؤلفنا : الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ص ٧ وما بعده .

و - الفرد في نظر الشريعة كائن حي حر مستقل مسؤول :

فالفرد اذن - في نظر الشريعة - كائن حي حر مستقل مسؤول ولكن هذا الاستقلال ليس تاما ، بل هو مرتبط بالجماعة ارتباط تعاون على البرزخ والصالح الانساني العام (وتعاونوا على البر والتقوى ، لا تعاونوا على الاثم والعدوان) وبذلك يكون الفرد ملزما ايجابيا بالتعاون على الخير المشترك ، وملزما سلبيا بتجنب الاثم والفساد والاضرار ، وهذه القاعدة بوجهيها - الايجابي والسلبى - تعتبر قاعدة عامة حاكمة على التشريع الاسلامي كله ^(١) كما انها تعتبر اساسا عاما للمسؤولية ارساها القرآن الكريم ، ينهض عليها مبدأ التكافل الاجتماعي الملزم .

ز - ثمرة المسؤولية الفردية من الناحيتين النظرية والعملية :

تظهر ثمرة المسؤولية الفردية بالنسبة للمسلم من الناحية النظرية انها لا تجعل من الفرد مجرد آلة اجتماعية مسخرة ، تعمل لصالح المجتمع دون مصلحته الشخصية .
اما ثمرتها من الناحية العملية ، فانها تجعل المسلم أهلا للتعاقد والتملك ومن هنا كان اقرار الشريعة الاسلامية للملكية الفردية ، كحقيقة ثابتة معلومة من الدين بالضرورة ، وذلك مما يساير الفطرة الانسانية فضلا عن كونها وسيلة مثمرة لاداء الحافز الذاتي للفرد ، وتنشيط مواهبه وملكانه ، للعمل لصالحه وصالح المجتمع على سواء ، وبدهي ان

(١) المرجع السابق .

هذا عامل أساسي في تقدم المجتمع وازدهاره^(١) .

ح - المسؤولية الجماعية في القرآن الكريم :

١- أساسها العقائدي :

ترتبط المسؤولية الجماعية - قبل نفسها وتجاه الأفراد - بمقيدة الاستخلاف^(٢) أيضا ، قال تعالى : (وعد الله الذين آمنوا وعملوا الصالحات ، ليستخلفهم في الأرض كما استخلف الذين من قبلهم)^(٣) وعلى هذا فالامة الاسلامية نائبة عن الله سبحانه وتعالى فسي مباشرة ما تقتضيه عزته تعالى في أرضه التي استخلفها فيها ، فقد رد اليها العزق والسيادة بعد الله تعالى ورسوله : (ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين)^(٤) فالامة مكلفة بأن تكون كذلك ، ومن ثم نشأ أساس دعوتها بوصفها الجماعي وعلى سبيل التضامن .

٢- الأساس الفقهي للمسؤولية الجماعية :

على أن القرآن الكريم أرسى قاعدة المسؤولية التضامنية للامة الاسلامية ، بيد ذلك وازحا في آية التعاون^(٥) وفي آية الولاية والنصرة المفروضة على المسلمين بعضهم قبل بعض ، واقامة الصلاة وإيتاء الزكاة ، وطاعة الله ورسوله وهذه هي الخصائص المميزة لهذه الامة بل قل التكليف الملقاة على عاتقها ، لكن تتحقق تلك الخصائص فيها ، والتكليف يستوجب المسؤولية . قال تعالى (والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض ، يأمرون بالمعروف ، وينهون

(١) المرجع السابق

(٢) الأساس العقائدي : تعتبر مشتركا بين المسؤولية الفردية والجماعية

(٣) النور : الآية ٥٥ (٤) المتافقون : الآية ٥٠ (٥) النشأ : الآية ٤١

عن المنكر ، يقيمون الصلاة ويؤتون الزكاة ، ويذيعون الله ورسوله
اولئك سيرحمهم الله ، ان الله عزيز حكيم (١) .

والتكليف هنا منصب على هذه الخصائص في الامة الاسلامية ايجاد
وحفظا ، ولا يتم حفظها وصونها فيها الا بابعاد كل من شأنه ان
يهدمها او يخل بها .

من ولاية الاجنبي ، فانها تذهب بهذه الخصائص لان الاجنبي
لا يشارك فيها بل يسعى الى القضاء عليها .

ومن هنا وجب الاخذ على يد كل ظالم او مفسد من ابتائها وهذه
هي مسؤولية الامة قبل الفرد وقد حدد القرآن الكريم هذه المسؤولية
الجماعية بقوله تعالى :

(واتقوا فتنة لا تصيبن الذين ظلموا منكم

خاصة) وأكد ذلك قول الرسول - صلى الله عليه وسلم (انما اهلك

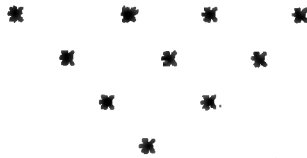
الدين من قبلكم انهم اذا سرق فيهم الشريف تركوه) ويؤكد هذا الاصل

ايضا قوله تعالى : (ولتكن منكم امة يدعون الى الخير ، ويأمرون بالمعروف

وينهون عن المنكر ، واولئك هم المفلحون) (٢) وليس هذا مجرد طلب

نذب واستحباب ولكنه واجب حتمي على القادرين عليه ، ان جعل القيام

بهذا التكليف سببا في الفلاح المطلق ، والله ولي التوفيق .



(١) التوبة : الاية ٧١

(٢) آل عمران : الاية ١٠٤ .

منشأ الحق في الفقه الاسلامي :

على أن الأسباب التي تستفاد منها الحقوق ليست مثبتة لها بذواتها بل بجعل الله لها مثبتة ، ولذا بات من المقررات الشرعية أن الأسباب جعلية ، أى ليست موهبة بذواتها ، فعقد البيع مثلا يوثق في اثبات ملكية المبيع للمشتري ، وملكية الثمن للبائع ، غير أن العقد ليس بذاته مثبتا لذلك ، بل يجعل الله له مثبتا ، فثبت أن الحقوق جميعا مصدرها الشرع ، وليس ذات الانسان ، ولا العقل البشرى ، فالانسان - في نظر الشرع - لا يستحق الحق بحكم ذاته ، بل الحق منحة منه تعالى للفرد ويقرر الشاطبي هذا المعنى بقوله ، (لان ما هو حق للعبد انما ثبت كونه حقا باثبات الشرع ذلك له ، لا بكونه مستحقا لذلك بحكم الاصل (١)) ويقول في موضع آخر : (فان ما هو لله - أى من الحقوق - فهو لله ، وما كان للعبد فراجع الى الله من جهة حقه في الله)

فيه (١) ، ومن جهة كون حق العبد من حقوق الله ، ان كان الله لا يجعل للعبد حقاً اصلاً (٢) .

نخلص من هذا الى أن الشريعة هي أساس الحق وليس الحق هو أساس الشريعة ، وهذا الاصل ترتب عليه نتائج منطقية هامة .
النتائج المنطقية التي ترتب على هذا الاصل :

أولاً - أنه تعالى انما منح الحق لحكمة هي المصلحة التي قصد الشارع تحقيقها لشرعية الحق ، والا كان المنح لغير غاية ، وهو عبث ، والله تعالى منزّه عن العبث (٣) .

ثانياً : أن الاصل في الحق التقيد ، لانه اذا كان منحة من الشارع فهو مقيد بما يقيد به الشارع ابتداءً .

ثالثاً - ان الحق اذا كان ممنوحاً لمصلحة قد قصد الشارع تحقيقها بشرعية الحق ، تعين أن يكون تصرف الفرد بحقه مقيداً بما يحقق تلك المصلحة ، حتى يكون قصده في استعمال حقه ، موافقاً لقصده الله في التشريع ، والا كان مناقضاً للشرع ، ومناقضاً للشرع باطلاً (٤) .

(١) - يلاحظ أن الشاطبي يرى أن الحق الفردي ليس حقاً خالصاً لصاحبه بل هو مشوب بحق الله ، فاذا فسرنا (حق الله) بالصالح العام أو حق الجماعة ، كان معنى هذا أن الحق الفردي ليس حقاً محضاً على التحقيق بل هو مشترك وسيأتي فضل بيان في هذا الموضوع ان شاء الله .

(٢) - الموافقات - ج ٢ - ص ٣١٦

(٣) - وقد جاء الشرع بهذه النتيجة ان قرر جمهور الاصوليين أن الاحكام معللة بمصالح العباد .

(٤) - اشار الى هذا المعنى الشاطبي في موافقاته ج ٢ - ص ٣٣١ .

رابعاً : منح الحق فرع وجوده ، ففكرة الحق ثابتة ، ودعامة أساسية فسي
الفقه الاسلامي (١) ، يرشدنا الى هذا اجماع علماء الاصول والفقهاء
على هذا ، واهتمامهم ببحث تقسيمه وبيان أنواعه ، وافرادهم له
موضوعاً برأسه في علم الاصول يسمى (بالمحكوم فيه) (٢) .

خامساً : ان الحق ليس غاية في ذاته ، بل وسيلة الى مصلحة شرع الحق
من أجلها ، ولو كان غاية في ذاته لكان من حق الفرد أن يتصرف
فيه وفق هواه ورغبته ، دون أن يقصد الى غاية اخرى يحققها ممن
وراء تصرفه ، ولقد أتى على الناس زمن كانت حقوقهم - في ظل
تشريعاتهم الوضعية - غايات بذاتها يمارسها اصحابها باراداتهم
الحررة دون أن يستشهدوا من وراء ذلك بتحقيق مصلحة معينة مرسومة
الا ما توحى لهم به انانيتهم ومصالحهم الذاتية .

سادساً : ان الفرد كالجماعة كلاهما يختص بحقه ، ويرشدنا الى هذا
تقسيم الاصوليين الحق الى قسمين أساسيين : حق الفرد ، وحق
الله ، وتفسير هذا الاخير بأنه هو حلال ما يتعلق به مصلحة
عامة .

(١) - سيتضح ذلك في بحث (حق الملكية) باقامة الادلة على أنه
(حق شخصي) وليس تنظيماً اقتصادياً ، غير أنه حق مقيد بالتزامات
ايحابية وسلبية مفروض على المالك ادائهما .

(٢) - لا نتفق مع الدكتور شفيق شحاته فيما ذهب اليه من أن تسمية
الاصوليين لاصحاب الحق (بالمكلفين) مشعر بأن طبيعة الحق
في الفقه الاسلامي تقترب من طبيعته في مذهب التضامن الاجتماعي
وسياتي ، تفصيل ذلك في موضعه ، نظرية الحق ، ص ١٠ وما بعدها .

سابعاً : ان الفرد ذو كيان مستقل ، وشخصية ذاتية في المجتمع (١) لا مجرد عنصر تكويني أو آلة اجتماعية .

ثامناً : الدولة كالفرد ، كلاهما يتلقى الحق منه تعالى ، فالفرد عبد الله ، لا للدولة ، فالله سبحانه وتعالى الذى منح الفرد حقوقه هو الذى منح الدولة حق الطاعة على الرعية .

وعلى هذا فلا تملك الدولة أن تمنح للفرد حقاً ، إذ ليس حقها بأقوى من حق الفرد إلا في حالة الاعتداء على حق الغير ، وإذا لم تكن مانحة للحق ، فليس لها أن تسلب الفرد حقه ، رعاية حق الفرد في حدود المصلحة العامة ، وتمكينه من التمتع به على وجه لا يضر غيره من المفسرد والمجتمع .

هذا وإذا تدخلت الدولة في شؤون الافراد ، فانما تتدخل في حق ثابت مقرر من قبل الله تعالى ، ولا يجوز إلا في حدود رسمها الشارع الحكيم ترجع كلها الى مقتضيات الضرورة ، وكفالة الصالح العام ، وتطهير المجتمع من الاستغلال والفساد .

على أن الفرد - في نظر الشريعة - ليس هو ذلك الذى يدور في فلك الحرية المطلقة ، فالشريعة إذ منحت الفرد حقوقه الشخصية - من الحرية والعصمة والمالكية (٢) باعتباره انساناً ، قيدت ذلك كله بما

(١) - سيأتي أن (المسئولية الفردية) تستتبع الحرية ، والا فلا مسئولية

حيث لا حرية ، والحرية هي مظهر للإرادة الواعية المستقلة ولكنها حرة مقيدة مسئولة .

(٢) - التوضيح لصدر الشريعة ج ٢ - ص ١٦٢ .

ألقى عليه من مسئولية - دينية ودينية - لتحد من حريته بما يمنع الاضرار عن غيره ، ولا ريب أن المسئولية الفردية ان تستتبع الحرية تبررها - ان لا مسئولية حيث لا سلطة - فهي من جهة اخرى تثبت بها بدائرة البر والصالح العام .

هذه المسئولية تجد لها واضحة في قوله تعالى (وكل انسان لزامه طائره في عنقه) وقوله تعالى : (من عمل صالحا فلنفسه ومن اساء فعليها) وقوله (فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره) وجلاها الرسول الكريم بقوله (كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته . . الحديث) .

فالفرد ان - في نظر الشريعة كائن حي حر مستقل مسئول ، ولكن هذا الاستقلال ليس تاما ، بل هو مرتبط بالجماعة ارتباط تعاون على البر والصالح العام (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان) وبذلك يكون ملزما ايجابيا بالتعاون على الخير المشترك ، وملزما سلبيا بتجنب الاثم والفساد والاضرار ، وهذه القاعدة - بوجهيها الايجابي والسلبي - تعتبر قاعدة عامة يقوم عليها التشريع الاسلامي كله فيما يتعلق بالاحكام الدنيوية والمعاملات ، ولقد حكمها الائمة المجتهدون تحكما عاما فسي سائر التصرفات - المعاوزات والتبرعات - وفي الاحكام المتعلقة بالبايعات غير المشروعة الذي يحرك ارادة الفرد الى انشاء التصرف - فالفقه لا يجيزون التعاون على الاثم والعدوان باطلاق يشق صورته بالاتفاق (١) ، ومن ثم يبطلون كل تصرف انحرف به صاحبه تحت ستار من مشروعيته ظاهرا عن المقصد الشرعي الذي من أجله شرع ، لان في تنفيذه تعاوننا على الاثم والعدوان وهذا قيد عام يرد على كافة صور استعمال الحقوق .

(١) - الموافقات : ج ٤ - ص ٢٠٠ .

وليس الخلاف بينهم في هذا الاصل ، بل في الحناط الذى يتحقق به التعاون أو التذرع أو التحايل على قواعد الشرع ، أو مناقضة مقصود الشارع ،

وما يؤكده هذه القاعدة توجهها السليم ، وهو وجوب الامتناع عن كل ما يضر بالخير ، قوله عليه الصلاة والسلام (لا ضرر ولا ضرار) . هذه ثمرة المسئولية الفردية من الناحية النظرية : لا تجعل مسن الفرد آلة اجتماعية تعمل لصالح المجتمع دون مصلحته الشخصية .

أما ثمرتها من الناحية العملية ، فانها تجعله أهلا للملك والتعاقد ومن هنا كان اقرار الشريعة للملكية الفردية ، كحقيقة ثابتة معلومة من الدين بالضرورة ، وكقاعدة اساسية في النظام الاقتصادى الاسلامي ، وذلك مما يساير الفطرة الانسانية ، وتقتضيه كرامة الانسان فضلا عن كونها وسيلة مشرة لا ذكاء الحافز الذاتى للفرد ، وتنشيط مواهبه ومطباته ، للعمل لصالحه وصالح المجتمع وبدهي أن هذا عامل أساسي في تقدم المجتمع وازدهاره (١)

هذا ، ومسئولية الفرد قبل الجماعة مرجعها انه مكلف برعاية مصالحها كما هو مشمول عن تحصيل مصلحة نفسه سواء بسواء ، فمن حق الجماعة على الفرد ألا يعيث بمصالحها تحت ستار ما منح من حقوق ، وأيدت الشريعة هذا الحق ، بأن أقامت من الجماعة نفسها رقيا على تصرفات الفرد حتى في خالصره ، وهو قوة مانعة له من احداثه الاضرار بها قبل أن يقع ويستشرى فساد ، بل فرضت عليها القيام بهذا الواجب رعاية لحفظها من عبث الانانية الفردية ، ولعل أوضح ما ورد في هذا الشأن حديث السفينة (٢) .

(١) - راجع مقال الشيخ أبي زهرة في رسالة الاسلام عدد . ١ سنة ١١١٠ ومقال

ترائنا الروحى للدكتور البهي ، المرجع السابق .

(٢) - أخرجه البخارى عن النعمان بن بشير .

على أن (المصلحة العامة مقدمة) (١) على المصلحة الفردية عند التعارض ، على ما هو مقرر في الشريعة ، ولولحق الفرد من جراء ذلك ضرر ، لانه ينبغي بالتعويض ، ولان في رعاية المصلحة العامة وتقديمتها رعاية للمصلحة الخاصة ضمنا ، كما أشأ رالى ذلك الحديث (نجوا جميعا) وما يؤكد ذلك ، ان الشارع حرم الاحتكار وكل ما يؤدى اليه تأكيداً للنفي الاضرار عن الناس ، ومن ذلك تلقي السلع ، وبيع الحاضر للبادي ، كما أوجب التسعير الجبرى اذا تعدى التجار في أسعار ما يحتاج اليه الناس تعديا فاحشا ، وهذا - لا شك - تدخل في أصل حق الملكية للمصلحة العامة .

كذلك أجاز الشارع نزع الملكية الخاصة - في ظروف معينة - للمصلحة العامة (٢) وقد بين المحققون من الاصوليين (طبيعة الحق) الفردى في الفقه الاسلامي ، بأنه حق مشترك وليس فرديا خالصا ، ذلك لان الصالح العام مراعى في كل حق فردى ، وهذا ما عبر عنه الشاطبي (بحق الله) اذ يقول : وايضا ففي العادات - وهي الحقوق والمعاملات - حق الله تعالى من جهة وجه الكسب ووجه الانتفاع ، لان حق الغير محافظ عليه شرعا أيضا ، ولا خيرة فيه للعبد ، فهو حق الله تعالى صرفا في حق الغير (٣) .

وهذا الاصل يعتبر قوام الحقوق الفردية ، بما يلقي عليها جميعا من قيد المحافظة على حق الغير ، والامتناع عن الاضرار به .

كما أكد هذا المعنى الفقهاء في صدد بحقهم في (فكرة الباعث) وأثره في التصرفات كما قدمنا آنفا .

(١) - المرافقات - ٢ - ص ٣٥٠ .

(٢) - المرجع السابق .

(٣) - المرافقات - ٢ - ص ٣٢٢ .

الحق
في
الفقه الاسلامي

المبحث الاول : أنواع الحقوق : الحق الذاتي ، والحق الغيرى أو الوظيفي
المنزلة الوسطى ، الحق التقديرى .

المبحث الثاني : تعريف الحق لغة - تعريفه عند الاصوليين ونقده ، تعريفه
عند الفقهاء القدامى ونقده ، تعريفه عند المحدثين
ونقده ، تعريفنا للحق وتحليله وبيان صلتة بنظرية التعسف .

المبحث الثالث : تعريف الاباحه عند الفقهاء القدامى ، تعريفها عند
الاصوليين ، تعريفها عند القانونيين والفقهاء المحدثين
تعريفنا للاباحه وتحليله وبيان صلتة بنظرية التعسف .

المبحث الرابع : علاقة الحق بالحكم ، الحق وسيلة ، الوظيفة الاجتماعية
للحق .

المبحث الاول

الحقوق الذاتية والحقوق الغيرية أو الوظيفية

الاصل في الحقوق أن تكون المصالح فيها ذاتية ، يستأثر بها أربابها
ذلك ، لان الحق اختصاص شخص بمصلحة ما مادية كانت أم معنوية .
غير أن ثمة طائفة من الحقوق ، كحقوق الاسرة مثلا (١) ، لا تعود

(١) - وهي حقوق تستند في ثبوتها لأربابها الى ما يوجد بين الافراد
من صلات الزوجية والقرابة كحق التأديب : تأديب الاب لصفيره
وتأديب الزوج لزوجته ، وحق المولاة على المال ، وحق الحضانة
وحق الكفالة ، راجع الحق والذمة للاستاذ الشيخ علي الخفيف ، ص ١٨٩

المصلحة فيها على من تقررت لهم ، لانها عبارة عن سلطات قررها الشارع لبعض افراد الاسرة على بعضهم الاخر ، تقتزن بواجبات مفروضة على صاحب الحق ، والمصلحة فيها غيرية لا ذاتية ، ان لم تتقرر هذه الحقوق لاصحابها لرعاية اشخاصهم ، بل لرعاية مصلحة الاسرة بمجموعها ، ومسئوراتها مصلحة المجتمع ، فالمصلحة فيها عامة ، كما ترى .

هذا ، وفي الفقه الاسلامي حق التأديب للاب على طفله مثلا ، لا يسع الاب الامتناع عن القيام بما يفرضه عليه هذا الحق من واجب التأديب والتهذيب والتعليم ، كما لا يسعه التقصير والاهمال فيه فضلا عن أن يثبته الاساءة في توجيهه ، لانه مأمور برعاية النظر والاصح له ، والا حرم هذا الحق ولذا يغلب على هذا الضرب من الحقوق صفة الواجب والوظيفة ، يقسول الشاطبي " ان الاب في طفله أو الوصي في يتيم ، أو الكافل فيمن يكفله مأمور برعاية الاصلح له (١)

(١) - الاعتصام للشاطبي ج ٢ - ص ١٢٢ ، ويعبر بعض الفقهاء عن الامر أو الوجوب بالطلب .

يقول قدرى باشا في كتابه الاحوال الشخصية مادة (٣٦٥) (يطلب من الوالد أن يعقني بتأديب ولده وتربيته وتعليمه . . الخ . وانظر السرخسي ج ٢ - ص ٢٤٤ وفتح القدير ج ٣ - ص ١٩٤ / ١٩٦ ، وتبيين الحقائق للزيلعي ج ٢ - ص ١٣٠ / ١٣٢ - جامع الفصول ج ٢ - ص ٢٠ / ٢١ ، هداية المجتهد ج ٤ - ص ١٤ والمدونة ج ٤ - ص ٥ كشف القناع ص ٣٧١ - ج ٣ ، في الولاية على المرأة والصغير ، وانها مقيدة بالنظر والمصلحة .

والحكمة الفائية في التأديب ، أن الشرع قدر أن مصلحة الاسرة
بمجموعها ، ومن ورائها مصلحة المجتمع ، تقتضي أن يكون لبعض افرادها
سلطة على بعضها الآخر : وان تؤيد بتوقيع جزاء مقدر في حدود معينة
اذا ما انحرف أو خرج على الاسرة ، وهي مصلحة ترقى الى اعتبارها حقاً
للمجتمع أو تربو على حق الخاضع للتأديب في سلامة جسده وصونه وعن
الايداء والايلام ، وهو في الواقع استثناء من أصل عام مقرر في الشريعة
هو عصمة الانسان عن ايدائه وايلامه .

فوضح اذن ، انه حق لم يتقرر ميزة للاب ، لتمكينه من استغلال
أولاده في مصلحته الشخصية ، والا كان متعسفا ومنحرفا عن الغاية السليمة
من أجلها منح هذه السلطة ، وانما تقرر من أجل مصلحة الاولاد أنفسهم
التي تعود بالتالي على الاسرة بأكملها .

ونضرب لذلك مثلاً آخر ، حق الكفارة ، فهو يتعلق بالنسب وتأسيس
القربات ، فالمصلحة فيه عامة تعود على الاسرة والمجتمع ، ولذا لا يجوز
الشارع عضل الولي ، أي امتناعه عن تزويج من هي في ولايته من الكفارة
لما في ذلك من تعسف يلحق الضرر بتلك المصلحة ، اذ لم يتقرر هذا
الحق لمصلحته الخاصة ، ولذا جاز للمرأة أن ترفع أمرها الى القاضي ،
ليزوجها من رضىت به اذا كان كفواً ، صونا لمصلحة البنت والاسرة على
السواء ، ودرأاً للتعسف (١) .

(١) - راجع في (عضل الولي) احكام القرآن للجصاص ج ٢ - ص ٢٢٤

بداية المجتهد ج ٢ - ص ١٣ تفسير الطبري ج ٥ - ص ١٨

انفع الوسائل ص ٢٠ ، الجامع لاحكام القرآن للقرطبي ج ٣ ص ١٥٦ .

كما أن ولي الأمر أو القاضي - وقد منح هذا الحق في حالة عدم وجود ولي خاص أو في حالة وجوده مع عضله بغير وجه حق - لا يجوز له التنبأ عن حق الكفاءة هذا ، لأنه حق عام لجماعة المسلمين .

يقول السيوطي في الاشباه والنظائر (١) ، ليعرله - للامام - ومن باب أولى القاضي ، وهو نائبه - أن يزوجه امرأة - أي لا ولي لها - بغير كفه وان رضيت ، لأن حق الكفاءة للمسلمين ، وهو كالتائب عنهم ، فلا يقدر على اسقاطه (٢) لأنه متعلق بالنظام الشرعي العام ، وتلك آية كونه حقا عاما .

وما قلنا في حقوق الاسرة نقول في الحدود ، وهي التي سماها الاصوليون (حقوق الله) تعظيما لشأنها ، لما يتعلق بها من النفع العام واخلاء العالم عن الفساد ، وصون أمن الجماعة ، فالشارع استند الى السبب في الامر ، ومن البين أن المصلحة فيها ليست راجعة الى من وكل اليه ممارستها من رجال السلطة العامة في الدولة ، ولا الى فرد بعينه ، بل الى المجتمع كله . وهي حقوق مفروضة لا يجوز الشرع اسقاطها (٣) أو التهاون في اقامتها بحال .

(١) - الاشباه والنظائر للسيوطي القاعدة الخامسة (تصرف الامام على الرعية

منوط بالمصلحة - والاشباه والنظائر لابن نجيم الماد ٥٧٢ .

(٢) - ويعلق الحموي على كلام ابن نجيم في هذه المسألة بقوله : لأن الحق

للعامة ، والا مان نائب عنهم فيما هو انظر لهم ، وليس من النظر اسقاط حقهم (المرجع السابق والاعتساف في هذا جاء من قبل أن الاسقاط لا مصلحة فيه ، فهو تصرف على نحو لا يحقق المصلحة ، بل فيهدرها .

(٣) - الا في ظروف خاصة ، نص عليها الفقهاء لمصلحة راجحة ، فيجوز

ارجاؤها كما في قول الرسول صلى الله عليه وسلم (لا تقطع الايدي في الفزوة) وقاسوا على حد السرقة سائر الحدود ، خشية أن يلحق المحدود بالاعداء .

واذا كانت هذه الحقوق (وظيفية) يقتزن فيها الحق بواجب مفروض
الاداء ، فهل تعتبر حقوقا بالمعنى الصحيح ، أو هي مجرد وظائف محددة ،
لا يعرف الفقه الاسلامي ، هذه التفرقة ، بين الحق الشخصي
والوظيفي ، فسواء كان الحق مقررًا لشخص معين ، لمصلحته الذاتية أو من
أجل مصلحة الأسرة ، أم للسلطة العامة لمصلحة المجتمع ، فهو الحق بالمعنى
الفقهي ، ولم نر في تقسيم الأصوليين للحق قسما خاصا بالحق الوظيفي
هذا بل جعلوا حق الله قسما لحق الفرد .

وقد أكد هذا المعنى بعض الفقهاء المحدثين بقوله : (ويكتفي
في اطلاق اسم الحق على المصلحة أن يترتب عليها فائدة ولو لغير المنسوبة
اليه (١) .

المنزلة الوسطى (٢) :

هذا وقد أشار القرافي في فروقه الى منزلة وسطى بين الحق والرخصة
فصاحب هذه المنزلة هو (من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتطمين
وهل يعد مالكا أولا ، ٢ ذكر القرافي أنه (قد يختلف في هذا الاصل
في بعض الفروع) .

فالشفيع مثلا قد انعقد له سبب المطالبة بأن يتملك البيع بالشفعية
ولا خلاف في أنه غير مالك (٣) .

-
- (١) - الحق والذمة ، للاستاذ الشيخ علي الخفيف ص ٣٧ .
(٢) - الفروع للقرافي - ج ٣ - ص ٢٠ / ٢١ .
(٣) - المرجع السابق ص ٢٠ / ٢١ - ويقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري
(هي دون الملك وفوق الرخصة) مصادر الحق : ج ١ - ص ٨ .

وللمجاهد حق المطالبة بالقسمة والتطليق اذا حيزت الغنيمة ، لانه
انعقد له سبب المطالبة ، ولكن هل يعد مالكا أم لا ؟ قولان : فقيهل
يملك بالحوز والاخذ ، وهو مذهب الشافعي ، وقيل : لا يملك الا بالقسمة
وهو مذهب مالك .

ويقابل القرافي ما بين المنزلة الوسطى هذه وبين الرخصة ، فيقول
عن صاحب الرخصة : (من ملك أن يملك) وعن صاحب المنزلة الوسطى (من
جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتطليق) وينكر على الاول أن يكون مالكا
ويجعل الثاني محلا للنظر .

المنزلة الوسطى والحقوق التقديرية في الفقه الاسلامي :

قلنا ان الشريعة الاسلامية لا تعرف هذه التفرقة بين الحقوق ، فالحقوق
كافة بما يشمل الحقوق الذاتية والحقوق الغيرية والحقوق التقديرية ، والمؤزلة
الوسطى بين الحق والرخصة ، والرخص أو الحريات العامة .

المبحث الثاني

تعريف الحق وتحليله

ونتناول فيه المباحث الآتية :

- ١ - تعريف الحق لفسه .
- ٢ - تعريفه عند الفقهاء المسلمين ونقده .
- ٣ - تعريفه عند الأصوليين .
- ٤ - تعريفه عند فقهاء المسلمين المعاصرين وتحليله ونقده .
- ٥ - تعريفنا للحق وتحليله .

١ - تعريف الحق لغة :

يطلق الحق لغة على الملك ، والمال ، والامر الموجود الثابت أو الثبوت والوجوب ، من حق الشيء* اذا ثبت ووجب ، ومنه قوله تعالى (لقد حق القول على أكثرهم فهم لا يؤمنون) (١) .

وكل ما ورد من الاستعمالات اللفوية لكلمة (حق) يدور حول معنى الثبوت والوجوب .

٢ - تعريف الحق عند الفقهاء :

لم يعن الفقهاء* بتعريف الحق بمعناه العام في الشرع ، اعتمداً ما منهم على المعنى اللفوي لكلمة حق ، ولعلمهم رأوا أنه من الواضح بحيث لا يحتاج الى تعريف (٢) .

غير أن بعض الفقهاء* ، عرفه بتعريف يكتنفه الغموض ، كما يلزم منـه الدور ، فقال : (الحق ما يستحقه الرجل* فلفظ (ما) عام ، يشمل الاعيان والمنافع والحقوق المحددة ، هذا فضلاً عن ابهامها ، كما أن الاستحقاق الوارد في التعريف متوقف على تعريف الحق ، وهذا يتوقف على معرفة الاستحقاق ، فيلزم الدور ، وهو عيب في التعريف كما يقول المنطقة .

(١) - سورة يس آية ٨ . (٢) - الحق والذمة - ص ٣٦ - لنشيخ علي الخفيف

(٣) - البحر الرائق ج ٦ - ص ١٤٨ . راجع في الاستعمالات البغهيّة

الفقهي كتاب الحق والذمة - للاستاذ الشيخ علي الخفيف ص ٣٤ وما

بعدها ، واحكام المعاملات الشرعية للمؤلف نفسه ص ٣١ / ٣٢

والمنار وحواشيه ج ١ - ص ٨٨٦ .

وفي شرح المنار : أن (الحق هو الشيء الموجود من كل وجهه
ولا ريب في وجوده) .
استعمالات الفقهاء للحق :

والمتبع للكلمة حق في استعمالات (١) الفقهاء يرى أنهم لم يطلقوا
الحق على مفهوم واحد ، بل على معان مختلفة مأخوذة من المعاني
اللغوية لكلمة حق .

هذا ، وأطلق الفقهاء كلمة الحق في بعض الحالات على جميع الحقوق
المالية وغير المالية ، فيقولون : حق الله وحق العبد (٢) ويريدون أحيانا
أخرى مرافق العقار ، كحق السيل وحق الطريق (٣) ، وأحيانا على
ما ينشأ عن العقد من التزامات غير الالتزام الذي يعتبر حكم العقد
ففقده البيع حكمه نقل ملكية المبيع ، ولكن حقوقه تسليم المبيع ، ونفسه
الشن (٣) .

يتضح من هذه التعريفات - على ما فيها من إبهام وبعد عن تصوير
ماهية الحق أنها تدور حول المعنى الواضح للحق بمعناه اللغوي من
الوجود والثبوت .

نعم ورد تعريف لحق الملكية للنحوي القدسي فيما نقله ابن نجيم
بأنه (اختصاص حاجز) وهو تعريف يكشف عن أهم خصيصة للحق بمعناه
العام ، فالإختصاص جنس في التعريف ، والإختصاص جوهر كل حق ، وهو

(١) - شرح المنار وحواشيه ص ٨٨٦ .

(٢) - الحق والذمة للشيخ علي الخفيف ص ٣٤ ، أحكام المعاملات الشرعية

الشرعية - للمؤلف السابق - ص ٣٠ / ٣٢ .
(٣) - الأشباه والنظائر ج ١ - ص ١٢١ ، وراجع المدخل إلى نظرية

الالتزام للإستاذ مصطفى الزرقا ج ٢ - هاشم ص ٣٤ .

عبارة عن علاقة أو رابطة بين شخص وشي * ، أو بين شخص وشخص
تمنح صاحبها استثنائاً على موضوعها (١) .
٣- تعريف الحق عند الأصوليين :

عني الأصوليون بتقسيم الحق في (باب المحكوم به) وهو فعل المكلف
الذي يتعلق به خطاب الشارع (٢) ، وقد قسموه الى قسمين رئيسيين : حق
الله وهو (ما يتعلق به النفع العام لجميع العالم ، فلا يختص به واحد
بمعينه ، وضافته الى الله تعالى لعظيم خطره وشمول نفعه (٣) وحق
العبد - الفرد - ، وهو ما يتعلق به مصلحة خاصة .

غير أنهم لم يتعرضوا لتعريف الحق بما يزيد من معناه اللفظي
فقالوا : الحق في اللغة عبارة عن الوجود من كل وجه وجود لا شك فيه
ومنه هذا الدين حق : أي موجود بذاته صورة ومعنى ، ولغلا أن حق فسي
ذمة فلان ، أي شي * موجود من كل وجه .
غير أن بعضهم يقول في تعريفه (٤) (الحق الموجود والمراد به
هنا حكم يثبت) ويرد على هذا التعريف عدة أمور :

- (١) - الاشباه والنظائر - ج ١ - ص ١٢١ .
- (٢) - المرأة على العرقاة ج ٢ - ص ٢٩٩ المنار وحواشيه ص ٨٨٦ .
- (٣) - المنار وحواشيه ص ٨٨٦ ، شرح التلويح على التوضيح ج ٢ - ص ١٥٥
الموافقات للشاطبي - ج ٢ - ص ٣١٥ - وما بعدها ، الفروق للقرافي
ج ٢ - ص ١٤٠ (الفرق الثاني والعشرون) .
- (٤) - هو الفقيه عبد الحليم بن محمد أمين الكنوي صاحب حاشية قمر
الاقمار على نور الانوار شرح المنار ج ٢ - ص ٢١٦ وانظر نقلاً
هذا التعريف ايضاً في كتاب الحق والذمة ص ٣٧ والمدخل الى نظرية
الالتزام للاستاذ الزرقا ص ١٠ وما بعدها .

أولا - انه ينبغي عن منشأ الحق ومصدره ، لان الحق لا يعتبر حقا في نظر الشرع الا اذا قرره الشارع ، وتقريره انما يكون بحكم كما أسلفنا .

ثانيا - أن الحكم ، ان أريد به خطاب الله المتعلق بافعال المكلفين اقتضاها أو تخييرها أو وضعها ، فالحق ليس هو نفس الخطاب على ما هو الراجح (١) . وانما هو الاثر الثابت بالخطاب ، فعلاقة الحق بالحكم هي علاقة السبب بالسبب .

على أنه لو أريد بالحكم الاثر الثابت بالخطاب من الوجوب والحرمية والاباحة كما هو مفهومه عند الفقهاء ، فالتعريف غير مانع ، لان الاحكام الوضعية ما هو شرطه لشروط ، أو مانع لحكم ، أو سبب لسبب ، ليست حقا لا حكمة مع انها حكم ثابت .

هذا ، ومن الاحكام ما هو وارد على سبيل التخيير أو الندب ، وليس أي منهما حقا بل رخصة أو اباحة .

والخلاصة ان هذا تعريف بالاعم ، لان كل حق حكم ، وليس كل حكم حقا .

٤ - تعريف الحق عند فقهاء المسلمين المعاصرين :

أورد بعض الفقهاء المعاصرين تعريفات (للحق) مختارة لديهم نتناول أهمها :

أولا - الحق (مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أولهما معا ، يقررها الشارع الحكيم) (٢) أول ما يؤخذ على هذا التعريف انه عرف الحق بغايته .

(١) - فالقراني يذهب الى أن حق الله هو أمره ونهيهِ أي نفس الخطاب .

(٢) - الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ص ٣١١ .

فالحق بذاته ليس مصلحة ، بل هو وسيلة الى مصلحة ، وتعريف الحق (بالمصلحة) خطأ شائع لدى كثير من رجال الفقه والقانون على السواء وكأنهم نظروا الى ما يستهدفه الحق من مصلحة ، فعرفوه بها .

على أن صاحب التعريف يشير الى أن علما اصول الفقه يذكرون في باب (المحكوم به) وهو الحقوق بمختلف انواعها ، انه - أى الحق ، فعمل الانسان الذى يتعلق به خطاب الشارع - أى ما يطلب من الانسان القيام به من قبل المشرع - وهو الله تعالى - لمصلحة الفرد أو المجتمع أو كليهما معا (١) فقول المؤلف : لمصلحة الفرد ، بيان للغاية ، لان اللام للتعليل ، وهذه المقدمة لا توصله الى ما انتهى اليه من نتيجة بقوله (راذن لنا أن نعريف الحق بأنه مصلحة ثابتة للفرد . . . الخ (٢) .

هذا ، والواقع أن وصف الاصوليين للحق بأنه فعل فيه تسامح ، ان الفعل ليس هو الحق ، بل هو أثر للحق ، وهذه الآثار قسمان ، بعضها ينتجها الحق في جانب من له الحق ، وهي مضمون الحق من سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف ، وبعضها الاخر التزامات ينتجها الحق في جانب من عليه الحق ، فهي موضوع الحق لا مضمونه ، فالأفعال اذن آثار الحق ، وليست هي ذات الحق وجوهره (٣) .

على أن من الآثار ما يكون التزاما بالامتناع عن عمل ، كحرمة اتلاف مال

(١) - المرجع السابق - ص ٢١٠ - ٢١١ .

(٢) - المرجع السابق .

(٣) - نفرق بين مضمون الحق وموضوعه أو محله ، فمضمون الحق ما يخلو به الحق لصاحبه من سلطات لممارسته . اما موضوع الحق فهو محله كالتزام الدائن بالدفع ما عليه من دين مثلا في الحق الشخصي .

الغير في جانب من عليه الحق ، ان يقتضيه الكف أو الامتناع عن قربانه ،
تأكيدا لمصونية حق الملكية ، وعلى أى حال ، فالأفعال - ما كان منها -
ايجابيا أو سلبيا ، في جانب صاحب الحق أو من عليه الحق ان هـي .
الا آثار الحق ، وليست هي الحق بالذات ، وفرق بين الشيء وغايته
أو أثره .

والخلاصة : ان التعريف السابق ، تعريف للحق بغايته مع ذكر اقسامه
ثانيا - وعرف بعضهم الحق بأنه (ما ثبت للانسان استيفاؤه) ويقصد
(ما ثبت بمقتضى الشرع) .

وبتحليل هذا التعريف يتبدى لنا :

أولا - انه لا يظهر جوهر الحق ، بل موضوعه ، فالثابت استيفاؤه شرعا
بمقتضى الحق ليس هو الحق بل موضوعه ومحلّه ، وهو - وان أفساد
التعميم في موضوع الحق ، لان (ما) من الفاظ العموم حتى شمس
جميع القيم والأشياء التي يستأثر بها صاحب الحق - غير أنه لم يفقد
التعميم من حيث أنواع الحق ، ان يثبت لغير الانسان من الأشخاص
الاعتبارية كالشركات وبیت المال ، والوقف ، حقوق مع أن التعريف
لا يشملها ، فلو استبدلنا كلمة شخص بانسان ، لكان جامعا ، ان الشخص
أعم من أن يكون حقيقيا أو اعتباريا .

وأیضا التعريف غير مانع ، لانه يشمل الرخصة والاباحة ، ان هـي
يثبت استيفاؤه شرعا كذلك ، واطلاق الحق بمعناه الدقيق على الاباحية
تجاوز ، لاختلاف كل منهما مفهوما . والتفرقة بين الحق والرخصة لهما
أهميتها في باب المعاملات لدى الأصوليين (١) والفقهاء ورجال القانون

(١) - راجع هذه التفرقة مع الامثلة وما يترتب عليها من أحكام - الفروق

على السواء (١) .

كما لا يشمل التعريف (حقوق الاسرة) من مثل حق الولي في تأديب الصغير ، ان المصلحة عائدة على غير صاحب الحق ، وهو المولى عليه ، كما قدمنا .

ولو فسرنا (ما) بسلطة أو حكمة أو قدرة ، وقصرناها على هذا المعنى مع أن عمومها ينفي ذلك ، لما أبان التعريف ماهية المعرف أيضا ، من قبيل أن هذه الامور أثر من آثار الحق .

ثالثا - وعرفه بعضهم بأنه (مصلحة مستحقة شرعا) (٢) .

-
- (١) - مصادر الحق في الفقه الاسلامي للدكتور السنهوري ج ١ ص ٤ وسما بعدها ، وأصول القانون للدكتور حسن كيرة ص ٥٦٤ و ٥٦٧ ونظرية الحق للدكتور اسماعيل غانم ص ١٦٦ ط ثانية .
- (٢) - الحق والذمة ص ٣٧ ، وأحكام المعاملات الشرعية ص ٣١ / ٣ للاستاذ علي الخفيف ، حيث يقول : والحق لا يعد وأن يكون منفعة أو مصلحة (مختص) جرى كثير من رجال الفقه الاسلامي والقانون على تعريف الحق (بالمصلحة) من هؤلاء الدكتور محمد يوسف موسى في كتابه الوجوه والعقود ج ١ - ص ٣٥ - والدكتور عبد الرزاق السنهوري في كتابه مصادر الحق ج ١ - ص ٥ . وهذا نظر منهم الى موضوع الحق وغايته ، لا الى المعنى في ذاته . على أن تعريف الحق بالمصلحة (قال به الفقيه الالمانى (اهرنج) صاحب النظرية الموضوع أو نظرية المصلحة . راجع نظرية الحق للدكتور اسماعيل غانم ص ١١ ونظرية الحق للدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٠ وأصول القانسون للدكتور حسن كيرة ص ٥٦٤ - ٥٦٧ .

وهذا التعريف على ايجازه - يرد عليه ، ما ورد على التعريف السابق ومن أنه جعل جوهر الحق مصلحة ، كما أنه يرد عليه ما ورد على تعريف صاحب البحر الرائق من لزوم الدور .

ولكنه يبين - بعد أن أتى بالتعريف السابق للحق - ما هو الحق في تعريف الحق ، فيقول : (والحق اختصاص بمصلحة أو منفعة) (١) ولو أورد هذا في التعريف فقال : الحق اختصاص بمصلحة ثابتة شرعا لكان أولى .

هذا ، وقد أتى بتعريف آخر للحق يصرح فيه أن المصلحة غاية الحق ، إذ يقول الحق (ما ثبت لانسان بمقتضى الشرع من أجل صالحه) (٢) ويشير الى أن الفقهاء درجوا على استعمال الحق بهذا المعنى ، ويرد على هذا التعريف أنه غير جامع ، لأنه لا يشمل الحقوق التي ثبتت لغنى الانسان من الاشخاص الاعتبارية ، كما أنه لا يشمل الحقوق الفيرية ، مع أن الفقهاء والاصوليين يطلقون عليها اسم الحق أيضا ، فثبت أن هذا المعنى قاصر عن أن يشمل جميع ما أطلق الفقهاء عليه اسم الحق .

أقننا الدليل فيما سبق على أن الحق في الشريعة الاسلامية ، ليس طبيعيا ، من كونه صفة ذاتية اقتضتها طبيعة الانسان ، بل هو منحة من الشرع للشخص ، لتحقيق مصلحة معينة ، فهو إذن حق مقيد وغائي .

وتأسيما على هذا النظر ، يمكن تعريف الحق بما يلي :
" الحق اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء " ، أو اقتضاء اداء من آخر تحقيقا لمصلحة معينة " .

(١) - الحق ولزومه ص ٣٧ ، راجع البحر الرائق ج ٦ - ص ١٤٨ حيث يقول

: (الحق ما يستحقه الرجل) .

(٢) - احكام المعاملات الشرعية ص ٣٠ / ٣٢ .

الاختصاص : هو الانفراد والاستثثار ، وهو علاقة (١) تقوم بين المختص والمختص به ، وقد يكون المختص بموضوع الحق هو الله سبحانه وتعالى وهذه هي حقوق الله تعالى ، وقد يكون شخصا حقيقيا ، وهو الانسان أو معنويا ، كالدولة ، والوقف ، وبيت المال ، وجماعة المسلمين ، والشركات والمؤسسات ، وغيرها من الشخصيات الاعتبارية .

وقولنا اختصاص : يخرج الاباحات والحقوق العامة ما هو مباح للكافة الانتفاع بموضوع على سبيل الاشتراك دون استثثار ، أى أن الاباحة تترك الافراد مكتبة الانتفاع بموضوعها على قدم المساواة .

بقربه سلطة : وهذا قيد يخرج الاختصاص الواقعي دون الشرعي كالغاصب والسارق ، فاختصاص الغاصب بالمغصوب حالة واقعية لا شرعية أى لا يقرها الشارع سلطة الغاصب على المغصوب ، بل يوجب عليه رد ما

(١) - قلت : ان تعريف الحاوي القدسي لحق الملكية بانه (اختصاص حاجز) . الخ (يدل على ان الاختصاص جنس في التعريف ، يندرج تحته كل انواع الحقوق ، انظر الاشياء والنظائر لابن نجيم ج ١ - ص ١٢١ .

على أن عبدة الله بن مسعود الاصولي الحنفي الملقب بصاحب الشريعة ، قد عرف حق الملكية في كتابه (وقاية الرواية في مسائل الهداية بانه اتصال شرعي بين الانسان وبين شيء يكون مطلقا لتصرفه فيه وحاجزا عن تصرف الغير) فالاتصال وهو علاقة أو رابطة ، جنس في التعريف ، وهو جوهر كل حق ، لانه اتصال على سبيل الاختصاص والاستثثار .

غصب ، وكذلك السابق ، فلا بد أن من اقرار الشرع للعلاقة الاختصاصية حتى تكتسب صفة المشروعية .

واقرار الشرع للاختصاص يستلزم كنتيجة منطقية حتمية اقراره سلطة للمختص على ما اختص به ، تلك السلطة هي حرية التصرف في الحدود التي رسمها الشرع ، ويستلزم بالتالي اباحة الافعال اللازمة والملائمة لذلك الاستعمال والتصرف المشروع .

سلطة على شيء أو اقتضاء أداء من آخر :

هذه السلطة التي هي قهرين لا ينفك عن الاختصاص الذي أقره الشرع لصاحب الحق ، قد تكون منصبة على شيء ، وهذا ما يسمى (بالحق العيني) كحق الملكية ، وحق الحبس في المرهون ، وحق الارتفاق بالشرب ، وحق وضع الجذوع على حائط الجار ، أو تكون سلطة لشخص منصبة على اقتضاء أداء من آخر ، فالعلاقة هنا بين شخص الدائن وشخص المدين الملتزم وهو موضوع العلاقة أداء التزام معين ، كالثمن المؤجل ، أو منفعة الاجير أو الامتناع عن الانتفاع بالمرهون ، وهذا هو الحق الشخصي .

والاداء : قد يكون ايجابيا ، كالقيام بعمل ، أو سلبيا كالامتناع عن عمل ، فالتعريف شامل لحقوق الله تعالى - كالعبادات والحدود وحق الجهاد ، وحقوق الاشخاص ، العينية والشخصية .

تحقيقا لمصلحة معينة :

متعلق بقولنا (يقربه الشرع أى أن اقرار الشرع للاختصاص الذى أصبح عليه صفة المشروعية ، انما كان من أجل تحقيق مصلحة معينة - مطلوب من صاحب الحق العمل على توحيها وتحقيقها شرعا ، لأن - الاختصاص الشرعي وما يستلزمه من سلطة ، انما منح وأقر لذلك ، حتى اذا اتخذ الشخص الحق لتحقيق غرض يتنافى مع غاية الحق التي منسح من أجلها ، بأن اتخذه ذريعة للاضرار بالغير ، أو لتحقيق أغراض غير مشروعة ، كتحليل الرضا عن طريق بيع العينة مثلا أو اسقاط الوكالة عن طريق الهبة الصورية قبيل انتهاء الحول ، أو كل ما هو غش نحو - الشريعة ، وخرم لقواعدها بتحليل محرم أو اسقاط واجب ، أو اتخذ الحق وسيلة للاضرار بالمجتمع بأن ابتغى تحقيق مصلحة خاصة ، ولكنها تتنافى والمصلحة العامة ، كالاختكار ، انسلخت صفة المشروعية عن هذا الاختصاص الشرعي ، وأصبح هو وجميع لوازمه من الأفعال غير مشروع لأنه أصبح وسيلة لغير ما شرع له من مصلحة .
أهم ما يستنتج من هذا التعريف :

- أولا : يميز بين الحق وغايته ، فالحق ليس هو المصلحة ، بل وسيلة اليها .
- ثانيا : تعريف جامع يشمل حقوق الله تعالى ، وحقوق الأشخاص الطبيعية والاعتبارية بنوعها : العينية والشخصية .
- ثالثا : يبين مدى استعمال الحق بما أُلقي عليه من قيد (تحقيقا لمصلحة معينة) اذ فيه تحليل لتقرير المآل الاختصاص ولوازمه .

فكل حق في الشرع ممنوع لتحقيق غاية معينة ، وتظل حماية الشرع
مبسطة على هذا الاختصاص ، مادام صاحبه ^{يقصد} إلى تحقيق تلك الغاية
وبهذا القيد يخرج التصرف المطلق الذي ينحرف عن غايته المرسومه
• شرعا •

فهذا تعريف للحق في مفهومه الشرعي ، وهو في أصله مقيد بغايته
المحددة له شرعا ، ضمن الاطار التشريعي العام •

رابعا : استبعد الصلحة من تعريف الحق ، كما استبعد الارادة
لأن الاولى غاية الحق ، والثانية شرط لمباشرة ، واستعماله ، وفرق بين
الغاية والشرط ، وبين جوهر الحق ، وانه علاقة شرعية اختصاصية ، وقد
رأينا من الفقهاء من أبرز هذا العنصر الجوهرى في الحق ، من مثل
الحاوى القدسي (١) ، وصدر الشريعة ، في تعريفهما لحق الملكية •
خامسا : شمل التعريف حقوق الاسرة ، وحقوق المجتمع (٢) وغيرها
من الحقوق الغيرية او الوظيفية التي لا ترجع فيها الصلحة الى صاحب
الحق ولا الى مباشره ، بل الى الغير (٣) ، غير أن الشريعة اسمها
• حقوقا •

(١) الاشياء والنظائر لابن نجيم ج ١ ص ١٢١ وما بعدها ، حيث
عرف حق الملكية بأنه اختصاص حاجز — والوقاية لصدر الشريعة ،
حيث عرف حق الملكية بأنه (اتصال شرعي) والاختصاص والاتصال
جنس في التعريف وكلاهما علاقة ورابطة • وهذا التعريف ينظر
الى الحق من خلال صاحبه — الملكية في الاسلام للسيد ابي
النصر أحمد الحسني ص ١٠ •

(٢) انظر احكام النعمالات الشرعية ص ٤٠ وما بعدها •

(٣) كحق الولاية على الصغير ، فالصلحة راجعة الى المولى عليه
لا الى الولي صاحب الحق والحدود ، فهي حق الله ولكن الصلحة
راجعة الى المجتمع ، وتباشرها السلطة العامة •

وبذلك كان الفرد في الشريعة الاسلامية يتمتع بحق ذي صفة -
مزدوجة ، الفردية باعتبار أنه حق شخصي أصلا ، وفي هذا تكريم
لشخصيته ، واعتراف بكيانه الذاتي ، وهذا الاعتبار يتصل بطبيعة
الشريعة من حيث هي في ذاتها رسالة دينية تعني - أول ماتعني -
بالفرد وذاتيته وأصلحه ، وصفة اجتماعية ، ترعى حق الغير - من
الافراد والمجتمع ، وهذا يتحقق التكامل الاجتماعي ، كنتيجة حتمية
وشريعة ، أساسها مفهوم الحق نفسه .
وبذلك تكون الشريعة واقعية في تشريعها ، لاتتجاهل أيا من
المصلحتين ، وتقدم المصلحة العامة عند التعارض ، مع الاحتفاظ بالتعويض
على الفرد أن كلان له وجه ، رعاية للحقين ، ويضطلع بهسمة التقييد
والتنسيق نظرية التعسف في استعمال الحق على ماسياتي بيانه .
وهذا النظر من الشريعة الاسلامية يتفق والقطرة الانسانية ، فالفرد
لاتنكر فرديته كما لاتنكر صفته الاجتماعية .

الفصل الثاني

التعسف في استعمال الحق

المبحث الاول

التكييف الفقهي للتعسف وتأصيله وتمييزه عن مجاوزة الحق طبيعة وجزا

لم يرد على لسان الاصوليين والفقهاء كلمة (اساءة) أو (تعسف)
في استعمال الحق وانما هو تعبير وافد اليانا من فقهاء القانون فسي
الغرب ، هذا ودرج فقهاء جمهورية مصر العربية والجمهورية السورية
على استعمال كلمة " تعسف " واما في لبنان فاثروا استعمال كلمة

" اساءة " . نعم ، ورد في بعض الاصول كلمة " الاستعمال المذموم (١) تعبيراً عن التعسف أو الاساءة في استعمال الحق بالمعنى الذى نقصده اليع .

هذا ، وقد وردت كلمة " المضارة في الحقوق " في كتاب الطرق الحكمية ، لابن قيم الجوزية (٢) .

وأيا ما كان ، فما المقصود بالتعسف ؟ وهل ثمة فرق بينه وبين مجاوزة الحق ؟

المقصود بالتعسف : أن يمارس الشخص فعلاً مشروهاً في الاصل بمقتضى حق شرعي ثبت له — بعبوس أو بغير عبوس — أو بمقتضى اباحة مأذون فيها شرعاً ، على وجه يلحق بغيره الاضرار ، أو يخالف حكمة التشريعية .

ونضرب لذلك مثلاً يوضح الفرق بين التعسف في استعمال الحق ومجاوزة حدود الحق أو الاعتداء .

١ — اذا أقام مالك بناءً على أرض غيره أو زرع أرض غيره ، اعتبر غاصباً أو معتدياً ، ففعله غير مشروع أصلاً ، لأنه لا يستند الى حق ولو كان فيه نفع لغيره ، ولكن اذا بنى رجل في أرضه ضمن حدودها ، حائطاً عليها ، فسد على جاره منافذ الضوء والهواء ، حتى أصبح

(١) الموافقات ج ٣ ص ٢١٩ حيث يقول في التعسف في استعمال البهاج

" فلم يزل أصل البهاج ، وان كان مغموراً تحت أوصاف الاكتساب

والاستعمال المذموم " .

(٢) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ، ص ٣١٠ .

منصب على كيفية استعماله ، أما بالنظر الى الباعث عليه أو مآله
وعلى ذلك لا يلزم التناقض أو التضاد (١) لتعدد الجهة .
فوحدة الوصف الشرعي لكل من التعسف والمجاوزة ، لا ينفي اختلاف
حقيقة كل منهما .

الببحث الثاني

التفرقة من حيث الجزاء

مجاوزة الحق اعتداءً وظلم ، ويترتب عليه جزاءان : دنيوى وأخرى
كما اذا صحبه قصد ايقاع الضرر ، ووقع الضرر فعلاً ، مهما كان قدره .
والجزاء الدنيوى يكون بازالة آثار التعدي عينا أن أمكن ، والتعويض
على المضرور ما لحقه من ضرر ، أو بكليهما معا حسب الاحوال ، وقطع
سبب الضرر ، حتى لا يستمر وقوعه مستقبلاً .
أما الاخرى - وهو الأثم والعقاب - فجزاء قصد الاضرار .
وقد يكون الجزاء دنيوى ، أو نقسط اذا وقع الاعتداء خطأ دون قصد .
أما التعسف في التصرفات القولية ، فاذا كان نتيجة لباعث غير
مشروع ، لتحقيق مصلحة غير مشروعة ، كأن يهب أمواله صورياً
قرب نهاية الحول ، لاسقاط الزكاة مثلاً ، فثمة جزاءان دنيوى ، بابطال
التصرف ، وأخرى وهو الأثم ، وهذا هو الدور الوقائي للنظرية .

(١) الموافقات ج ٢ ص ٢٥٨ حيث يقول في صدد استعمال الحق
على وجه يعلم صاحبه أن أدائه الى المفسدة قطعي عادة ، مع
أن له ندوة في استعماله على وجه آخر لا يلزم عنه ذلك المحظور
ولا تضاد في الأحكام لتعدد جهاتهما .

من المتعذر على جاره الانتفاع بملكه على الوجه المعتاد ، أو بعبارة أخرى ، تعطلت بذلك المنافع المقصودة من الملك ، وهو ما يسي بالضرر الفاحش ، فهذا المالك يعتبر متعسفا في استعمال ملكه ، لأنه وإن تصرف في حدود حقه الموضوعية ، لكن لزم عن هذا التصرف أضرار بينة بالجار ، فتصرفته في الأصل مشروع ، لأنه يستند الى ما يمنحه حق ملكيته من سلطات : التصرف المادى والشرعى ، والاستعمال ، والاستغلال ، وبأنس التعسف هو ما آل اليه تصرفه من أضرار فاحشه بغيره كما ذكر .

مثال آخر :

٢ - من أوصى بما زاد عن الثلث ، يعتبر مجاوزا حدود حقه الذى منحه اياه الشرع ، وهو التصرف في حدود الثلث ، ففعله غير مشروع في الأصل ، لأنه لا يستند الى حق ، والتعسف فرع وجود الحق ، فهو إذن متعسف لا متعسف .

أما اذا أوصى بالثلث أو بما دونه ، وقصد بذلك هضارة الورثة مثلا ، وقامت الأدلة والقرائن على هذا القصد ، اعتبر متعسفا ، لأن أصل الفعل مشروع ، لاستناده الى حق ثابت له في الشرع ، لحكمة قصدها الشارع من تقريره هذا الحق له ، ولكنه استعمله لا بقصد تحقيق تلك الحكمة ، بل للاضرار بالورثة ، إذ " لا ضرر ولا ضرار في الاسلام " ، فانضح الفرق بين التعسف والمجازة .

لا يقال ان ثمة تناقضا بين وصف الفعل بكونه مشروعا في الأصل ، ثم وصفه بأنه متعسف فيه ، لأننا نقول ، الجهة منفكة ، فلا يلزم التناقض المزعوم ، إذ المشروعية منصبة على ذات الفعل ، والتعسف

وأما التعسف في التصرفات الفعلية إذا كان نتيجة لقصد الاضرار
ووقع الضرر فعلا ازيل الضرر بالتعويض ، لأن الواقع لا يرفع ، وقطع سببه ،
منع استمراره في المستقبل .

أو بعبارة أخرى ، إذا كان التعسف بالنظر الى مآل التصرف
ونتيجه ، دون قصد الى ذلك المآل الممنوع ، فالجزاء دنيوى فقط
يمنع مباشرة سببه ، وبإزالة آثار الضرر عينا أو تعويضا حسب الاحوال ،
سواء أكان الاستعمال معتادا أم غير معتاد . وعلى هذا فالجزاء الدنيوى
في التصرفات القولية يكون بإبطال التصرف ، أما في التصرفات الفعلية ،
فمن المحال ازالة الضرر عينا ، لأن الواقع لا يمكن رفعه ، ولكن يمنع
استمراره في المستقبل ، بقطع سببه ، والتعويض عما وقع ، كما في استعمال
المالك عقاره على نحو يضر بغيره ضررا فاحشا .

تعريف التعسف :

قررنا أن نظرية التعسف مرتبطة أساسا بنظرية الحق ، وطبيعته ،
ومدى استعماله ويمكن تعريف التعسف بأنه : " مناقضة قصد الشارع في
تصرف ما دون فيه شرعا بحسب الاصل " .

المبحث الثالث

معايير نظرية التعسف

في الفقه الاسلامي

قلنا أن نظرية التعسف في الفقه الاسلامي تجمع بين معيارين رئيسيين هما
١ - المعيار الذاتي أو المخصي : وهذا يستدعي النظر في العوامل
النفسية التي حركت ارادة ذى الحق الى التصرف بحقه ، من

الاضرار ، أو الدافع الى تحقيق مصالح غير مشروعة .

٢ — المعيار المادى : الذى يعتمد ضابط التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع ، وما يلزم عن ذلك من مفسدة ، ووسيلته فسي ذلك الموازنة ، فاذا كانت المفسدة مساوية للمصلحة أو راجحة عليها منع الفعل ، وهذا الضابط يحكم التعارض بين الحقوق الفردية بعضها قبل بعض ، والحق الفردى مع المصلحة العامة من باب أولى .
ونبحث هذين المعيارين الرئيسيين بالتفصيل :
المعيار الأول ذو شقين :

أ — الاول : تحض قصد الاضرار .

ب — الثانى : الباعث غير المشروع .

أولا : تحض قصد الاضرار :

هذا المعيار هو أقدم معايير التعسف وأصلها ، بدليل وجوده في الشرائع القديمة ، هذا ، ومجاناته لمبادئ ظاهرة ، غير أن الكشف عنه من العسر بمكان ، لذا يستعان بالامور الظاهرة المادية ، كالقرائن في تبيينه .

هذا ، والقصد الى الاضرار بالغير ممنوع في الشريعة ، فيمنع الفعل الذى اتخذ وسيلة للتعير عنه أو لتحقيقه ، لأنه يتنافى مع قصد الشارع من تشريعه للحقوق .

الفروع الفقهية في مختلف المذاهب تطبقا
لهذا المعيار

في المذهب الحنفى : ذهب ابو يوسف الى منع من يستعمل حقه

بقصد الاضرار بغيره ، فقد جاء في كتاب الخراج مانعه :
 سألت أمير المؤمنين عن الرجل يكون له النهر الخاص ، فيسقي منه حرثه
 ونخله وشجره ، فينفجر من ماء نهره في أرضه ، فيسيل الماء من أرضه الى
 أرض غيره فيغرقها ؟ قال ليس على رب النهر في ذلك ضمان ، من قبل
 أن ذلك في ملكه وكذا لو نزلت أرض هذا من الماء ففسدت ، لم يكن على
 رب الأرض شيء ، وعلى صاحب الأرض التي غرقت ونزلت أن يحصن أرضه . ولا
 يحل لمسلم أن يعتمد أرضا لمسلم أو ذمي بذلك ، ليغرق حرثه فيها
 يريد بذلك الاضرار به ، فقد نهى الرسول — صلى الله عليه وسلم — عن
 الضرر ، وقد قال : ملعون من ضار مسلما أو غيره ، وإن عرف أن صاحب
 النهر يريد أن يفتح الماء في أرضه للاضرار بجيرانه ، والذهاب بخلاتهم
 وتبين ذلك ، فينبغي أن يمنع من الاضرار بهم (١) وهذا بين .
 وفي المذهب المالكي جاء في تبصرة الحكام :

” لو ادعى الصعاليك على أهل الفضل دعوى باطلة ، وليس لهم من
 قصد الا التشهير بهم ، وإيقافهم أمام القضاء إيلاما وامتهانا ، لا تسمع
 الدعوى ، ويؤدب المدعي ” (٢) .

وورد فيها أيضا : ” لو ادعى غصبا على رجل من أهل الخير ففسد
 الصحيح من رأى مالك أن الدعوى لا تسمع ، ولا يحلف المدعي عليه لئلا
 يبتطرق الارازل والاشرار الى أذية أهل الفضل والاستهانة بهم ” (٣) .
 وهذا — كما ترى — تخصيص لقوله — صلى الله عليه وسلم —

(١) الخراج — لأبي يوسف — ص ١٦١

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ١١٩ وما بعدها .

(٣) المرجع السابق .

” البينة على من ادعى واليمين على من انكر ” بالمصلحة وهي دفع الضرر ، أو التعسف ، قضاء .

انتقاء المصلحة المشروعة قرينة على قصد الاضرار

غير أنه لمسر تبين هذه النية يستعان بالقرائن ، ومن ذلك أن لا يكون له منفعة في استعمال حقه ، ومع ذلك يترتب عليه ضرر بغيره ، فيمنع لأن ذلك قرينة على تحض قصد الاضرار ، ويمنع من باب أولى ، اذا استعمل حقه على وجه سلبي ، بأن يمنع غيره من الارتقاء بأرضه مثلاً ، اذا ترتب على هذا الارتقاء نفع لكليهما ، كما جاء في قضاء عمر (رض) (١) في قضية محمد بن سلمة .

وفي الفقه الشافعي :

تقرر في الفقه الشافعي وغيره ، أن حبس المدين الماطل عن الاداء شرع وسيلة لأكراهه على اظهار ما يخفي من ماله ، وفاء لدينه شريطة أن يكون قد غلب على الظن يساره ، فيحبس بناءً على طلب الدائن ، حتى اذا ثبت أعسار المدين ، فلا يجاب بالدائن الى ظلمه لأن استعماله لحقه في هذه الحال لا يؤدي الى المقصود ، ويمكن أن يعتبر قرينة قاطعة على أنه يقصد مجرد احداث الضرر بمدينه والوسائل لم تشرع لذلك ، لأن الاصل أن اعمال المكلفين يجب أن يكون القصد فيها موافقا لقصد الله في التشريع ، أي أن تستهدف

(١) راجع أدلة النظرية في فقه الصحابة ، تفصيل القول في هذه

القضية في كتابنا نظرية التعسف .

المصالح التي شرعت لاجلها ، وهو الأصل الذي بنيت عليه الشريعة
والا كانت المناقضة والتعسف .

ويقول العلامة العز بن عبد السلام الشافعي في هذا الصدد : " ان
ثبت عليهم فلا يجوز حبسه حتى يثبت يساره " (١)
هذه هي الامام احمد
وجاء في كشف القناع من تطبيقات هذا الأصل ، ان صاحب الحائط
الذي يستتر ملك جاره به ، لا يملك هدمه دون عذر قوي ، أو غرض —
صحيح ، فالحق في التصرف هنا مقيد بما لا يعود على غيره بالضرر
واستعماله دون غرض مظنة قصد الاضرار ، فيمنع .
أما اذا كان له غرض صحيح ، فله ذلك ، لانتفاء قصد الاضرار ،
ولأنه اذا كان له مصلحة ظاهرة فسي هدمه ، فتمنعه من تحصيلها مضره
والضرر لا يزال بالضرر (٢) .
وجاء فيه أيضا (٣) " وليس له — أي رب الحائط — منعه — أي
منع جاره من وضع خشبه ، واذا لم يكن ينال السقف الا به دون الاضرار
بالحائط لما تقدم فان أي رب الحائط تمكنه منه أجبره الحاكم عليه
لأنه حقيق عليه (٤) " .

(١) القواعد ج ١ ص ١٠٢ — الطرق الحكيمة ص ٧٣ وما بعدها

معين الحكم ص ٢٣٣ .

(٢) كشف القناع ج ٣ ص ٣٤٢ .

(٣) المرجع السابق

(٤) كشف القناع ج ٣ ص ٣٤٢ .

ثانيا : استعمال الحق في غير المصلحة التي شرع من أجلها :

قلنا في تعريف التعسف ، أنه مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل ، وهذا المعنى يتحقق في استعمال الحق في غير الغرض أو المصلحة التي من أجلها شرع لأن قصد ذي الحق في العمل هنا مضاد لقصد الشارع في التشريع ، ومعاندة قصد الشارع عينا باطلا ، فيكون باطلا بالضرورة كل ما أدى الى ذلك ، ولا خلاف بين العلماء في هذا ، لأنه تحيل على المصالح التي بنيت عليها الشريعة وهدم لقواعدها ، وإنما الخلاف بينهم في أمر آخر ، هو الوسيلة التي يتوصل بها الى كشف ذلك القصد أو الباعث به يثبت ؟ المعيار الثاني الاختلال البين في توازن المصالح — أو انعدام التناسب .

وينطوي هذا المعيار على الضوابط الآتية :

أولا : الاختلال البين بين مصلحتين فرديتين ، بحيث لا يكون شئمة تناسب بينهما اطلاقا .

ثانيا : الضرر الناجم عن الإلحاق بالجار من جراء استعمال المالك لعقاره .
ثالثا : الضرر العام الإلحاق بالمجتمع أو بقطر من أقطاره ، أو بأهل بلد من ذلك القطر ، أو بأهل حي من ذلك البلد ، أو جماعة عظيمة منهم ، من جراء استعمال الحق الفردي .

وهذه الضوابط الثلاثة ، يجمعها معيار اختلال التوازن البين بين المصالح المتعارضة . وقد ذكرنا ، أن هذا المعيار موضوعي مادي ، ينظر الى ثمره الأفعال ونتائجها في حد ذاتها ، وبينما أنه مشتق من أصل مستقر في أصول الفقه الاسلامي ، وهو النظر في مآلات الأفعال

الذى تفرع عنه مبدأ سد الذرائع ، والاستحسان ، والاستصلاح (١) ومراعاة الخلاف ، كما تأيد بالقواعد المحكمة (٢) .
المعيار الثاني الموضوعي للضرر الفاحش :

هذا المعيار قرره الفقه الاسلامي ، لتنسيق المصالح الفردية المتعارضة ، لاسيما في العلاقات الجوارية ، ولا شك أن في تنظيمها وتنسيقها ، رعاية للمصالح العام .
وقد رأينا المذهب المالكي والحنبلي ، ورأى فقهاء الحنفية المتأخرين الذى استقر في المذهب الحنفي (٣) ، أن حق المالك مقيد في التصرف بملكه قضا بما يمنع الاضرار الفاحشة عن جاره ، وهي المضار غير المألوفة .

أما الضرر المألوف ، فلا بد من تحمله والتسامح فيه ، اذ لو قيل بمنعه ، لأدى ذلك الى تعطيل استعمال حقوق الملكية كافة وذلك يخالف النصوص الواردة في ولاية التصرف في الملك ، كما أنه مخالف للاجماع والمعقول ، لعدم استقامة امكانية استعمال حق الملكية باطلاق .

-
- (١) راجع الاصول الفقهية التي تؤيد نظرية التعسف في استعمال الحق ص ٤٠٣ وما بعدها .
 - (٢) راجع القواعد الفقهية التي تثبت النظرية ص ٤٠٣ وما بعدها .
 - (٣) راجع علاقات الجوار ص ٨٠٣ وما بعدها وراجع اصول التكافل الاجتماعي وأثره في تقييد الحق الفردى ص ٢٢٤ وما بعدها وراجع آراء الأئمة في مدى استعمال حق الملكية بالاستناد الى حديث " لا ضرر ولا ضرار " .

والضرر الفاحش أعم من أن يكون ماديا ، كالدخان الكثيف ، والأصوات
المقلقة للراحة ، وتلويث مياه البحر بالنجاسات أو القاذورات ،
والروائح الكريهة الضارة بالصحة ، ومنع الشمس والهواء والنور ، وغير
ذلك من الأضرار المادية التي تعطل الانتفاع بالمنافع المقصودة
من العقار . أو تسبب وهدمه أو انهدامه .
الأصل العام الذي ينتظم معايير التعسف :

الواقع أن هذه المعايير التي ذكرناها للتعسف ، من تحضير قصد
الاضرار ، واستعمال الحق في غير المصلحة التي شرع من أجلها
واختلال التوازن البين بين المصالح ، والضرر الفاحش ، وتعارض
المصلحة الخاصة مع العامة ، كل هذه المعايير في الواقع ينتظمها
أصل عام واحد يمكن أن يعتبر معيارا عاما للتعسف هو : استعمال
الحق في غير ما شرع له .
وبيان ذلك :

أن استعمال الحق لم يشرع وسيلة للاضرار بالغير ، أو لتحقيق
اغراض غير مشروعة ، وكذلك لم يشرع ليتخذ وسيلة الى تحقيق مصلحة
ضئيلة بالنسبة لما يلزم عنه من اضرار راجحة لأن ضابط المشروعات —
كما علم بالاستقراء — أن كل ما كان ضرره أكثر من نفعه لا يشرع ، وكذلك
لم يشرع الحق ليكون وسيلة لفرض أضرار فاحشة تلحق بالغير من الأفراد
أو للاضرار بالمجتمع ، وإذا لم تكن الحقوق وسائل مشروعة لهذه الاغراض
بدا واضحا ما في استعمالها على هذه الوجوه من مناقضة لقصد الشارع
في التشريع ، لأنها استعملت في غير المصالح التي شرعت —
لجلها .

نظرية الظروف الطارئة في الفقه الاسلامي القبارق

اولا : تعريف النظرية العامة فقها :

لم نعثر على تعريف للنظرية العامة فيما بين ايدينا من مصاد والفقه الاسلامي ، لسبب بسيط ، هو أن الفقهاء القدامى ، لم يعنوا ببحث النظريات العامة ، بل كانوا يتناولون كل واقعة على حدة بالبحث ، يشعرون لها من الأحكام ما يقتضيه العدل ، كما بينا ، استنباطا من النص ان ورد فيها ، أو دالة بالاجتهاد بالرأى ، من قواعد التشريع او معقول النصوص ، آخذين في اعتبارهم ، ما يختلف بها من ظروف ملابسة ، في كل عصر .

غير أن باصدر عنهم من اجتهادات في الفروع ، وما استندوا اليه في ذلك من أدلة جزئية وأصول عامة ، يمكن ان يستخلص منها نظريات عامة ، تنفرد كل منها بمفهوم كلي ، ذي موضوع معين ، وأركان وشروط هي ملاكها ، وآثارها^{التي} تنبئ عليها .

ذلك لأن هذه الأحكام التفصيلية الفرعية العلمية ، يتضمن كل منها ذلك المفهوم الكلي ، والا ما كان تطبيقا له ، اذ كل حكم فرعي يندرج تحت قاعدة عامة ، أو نظرية عامة يتضمن في حد ذاته ، المفهوم

الكلبي لكل منهما .

وعلى هذا ، فإن البحث في فروع مثل هذه النظرية العامة ، أو غيرها من مثل " نظرية الحق " و " نظرية التعسف في استعمال الحق " و " نظرية العقد " يمكننا تعريف النظرية العامة على النحو التالي : النظرية العامة فقها هي : " مفهوم كلي قوامه أركان وشروط وأحكام عامة يتصل بموضوع عام معين ، بحيث يتكون من كل أولئك نظام تشريعي ملزم ، يشمل بأحكامه كل ما يتحقق فيه منظم موضوعه " .
ومناطق كل نظرية مضمونها الموضوعي الذي ينهض به أركان معينة وشروط لهذه الأركان ، أما ما يبنى على ذلك من أحكام تترتب على تحقيق هذا المناطق فهي آثارها .

تحليل التعريف وبيان محتوياته :

- ١ — النظرية العامة لاتتعلق بمسألة خاصة تفضيلية فرعية معينة بالذات لذا ، قلنا أنها " مفهوم كلي " يندرج تحته وقائع لانحصى كثرة ، مما يتصل بموضوعه ، ويتحقق فيه متاطفه .
- ٢ — وأيضا ، ليست النظرية " قاعدة عامة " لأن هذه الأخيرة ليست ذات أركان ، كما أنها ذات حكم واحد ، بخلاف النظرية فإنها تقوم على أركان ، وشروط لابد منها لقيام هذه الأركان كما أشرنا ، ولذا من الممكن ان تقوم النظرية العامة على عدة " قواعد كلية " أو معايير يؤكد هذا قولنا في تعريفها :
وأحكامه العامة ، ومعلوم أن القاعدة ليس لها الاحكام واحدا
كما اسلفنا . ~~نظري~~ : أن النظرية العامة تفتقر عن القاعدة

العامة ، من حيث أن النظرية قوامها أركان وشرائط لهذه
الاركان يترتب عليها احكام ، هي حلول لجزئياتها ، وليس
كذلك القاعدة الكلية ، التي تنطبق بمفهومها الكلي على معظم
جزئيات موضوعها .

٣ - لكل نظرية عامة موضوع معين ، فاذا تحققت في جزئية تتصل بهذا
الموضوع ، الاركان والشرائط فقد تحقق مناط هذا الموضوع فيها
وانسحب عليها ما يناسبها من الحكم المنصوص عليه فيها .
وانما قلنا " الحكم المناسب " لأن لكل حالة من الحالات التي
تتصل بموضوع النظرية حكما يعتبر حلا يقتضيه العدل فيها .
فقد يكون " الحكم فيما نحن بصدده البحث فيه ، نسخ العقد
بالنسبة لحالة معينة وقد يكون انقاض قيمة الالتزام ، او مقدار
بالنسبة لآخرى ، أو أرجاء تنفيذه . انظارا للمعسر ، أو توزيع
عب الخسارة على طرفيه ، وهكذا ، فلكل حالة ما يقتضيه العدل
من الحكم ، درأ للضرر بقدر الامكان ، واعادة التوازن دون
نسخهما أمكن .

٤ - أما كون التشريع الذي تضمنته هذه النظرية اذا تحققت اركانها
وشرائطها (مناطها) ملزما ، فلأن هذه النظرية انما تضافر
على اثباتها وتشبيدها ، أحكام شرعية تفصيلية لاتحصى كثرة ،
فارتقت أحكامها الى مستوى القطعية ، أو غلبة الظن على الأقل .
وكلتا هما توجب الالتزام ووجوب العمل .
ولأن غلبة الظن بالحكم الاجتهادى في فرع معين توجب العمل
فلأن يجب العمل بما تشهد له فروع شتى من باب أولى .

وننتج عن ذلك مايلي :

اولا : ان اهدار مضمون النظرية — واستخلاصه من أشق الاجتهادات
الفقهية أو طرح تطبيق احكامها ، على جزئيات مضمونها ، بعد
تحقق هذا المضمون أو المناط فيها ، انما هو في الواقع
اهدار لتلك الاحكام التفصيلية ، التي نهضت بها ، والثابتة
نصا أو دلالة وهذا لا يقول به عاقل ، فضلا عن مجتهد ، لأنه
مضادة لارادة المشرع الحقيقية ، واطراح للعمل بأصل معنوي
عام ثابت قطعاً أو في الغالب من الظن .
والأصل المعنوي العام ، كالأصل اللفظي العام ، كما يقول
الامام الشاطبي ، من حيث قوة الاحتجاج به ، وصحة بنسب
الاحكام عليه (١) .

ثانيا : ان الشارع الحكيم ، ان شرع تلك الاحكام التفصيلية نصا ، أو
استنبط بعضها المجتهدون من معقول النصوص ، أو أدلة
الاحكام العامة ، ثم استخلصت منها النظرية العامة اجتهادا
فقد شهد لها بالاعتبار شواهد كثيرة ، أو بعبارة أخرى
تعدد اعتبار الشارع لمضمونها ، واحكامها بقدر ملاحظته —
لذلك المضمون في كل فرع أو دليل عام ، لانا قدمنا ، أن الفرع
من تطبيقاتها ، ينطوي على مضمون النظرية كلاً ، والا ما كان
تطبيقاً لها ، ولا تعدد اعتبار الشارع لأساس كل حكم فيها .

(١) راجع كتابنا : " اصول التشريع الاسلامي "

ومن هنا كانت ارادة الشارع فيها واضحة وحقيقية ، مضمونها وحكما
ما يؤكد كونها مقصودا للشارع قطعاً • وهذا من حيث النظر العقلي
المحصص • •

أما من حيث التطبيق والعمل • فان تحقيق مضمونها او مناطها فسي
الوقائع المعروضة • ليبتنى عليها الحكم المناسب من احكامها • تحقيقا
لمراد الشارع • فقد أضحى واجبا شرعا •
على أن الحكم التطبيقي العملي لا يشترط فيه أن يكون قطعيا • بل
تكفي فيه غلبة الظن لوجوب العمل كما قدمنا •
هذا فضلا عن الاصول العامة التي تستند النظرية اليها واستشهد بها
الفقهاء في معرض استدلالهم في القروخ •

ثانياً — مظان الأحكام التفصيلية التي اشتقت منها هذه النظرية
موضعا وأركاناً وشرائط لهذه الأركان • وأحكاما (١) •

سبق أن اشرنا الى أن الفقهاء القدامى • لم يعنوا ببحث النظريات
العامة • لأنهم كانوا يؤثرون أن يجتهدوا في تحرى حكم الله تعالى في
كل مسألة على حدة • بما يقتضيه العدل فيها • على أن يصرفوا مفاهيم
كبرى يعممون أحكامها على كل ما يتصل بموضوعها • بل نراهم يمعنون
في تحليل الواقعة علميا وواقعيا • وما تحتف بها من ظروف يرون أن لها
دخلا في تشكيل علة الحكم • برهان ذلك كثرة الاستثناء من الاقيسة

(١) المظان — يفتح الميم وتشديد النون — جمع مظنة — يفتح الميم
وكسر الظاء وتشديد النون — ومظنة الشيء موضعه ومألفه الذي
يختل وجوده فيه • مختار الصحاح ص ٤٠٦ •

العادة ، أو الرجوع عن الاستثناء الى القياس العام ولكن ليس من معنى هذا ، ولا من مقتضاء ، أنه لا يمكن استخلاص نظريات عامة من — اجتهداتهم في الفروع ، سواء ما كان منها جاريا على سنن القياس او — مستثنى منه ، لأن الاجتهاد العلمي من المؤهلين له ، في المسائل الفوقية المتجددة ، أو التي تغيرت ظروفها الملائمة ، بما يقوم عليه من الاستدلال والمنطق التشريعي ، هو بيطبيعة قابل للتأصيل ، إذ التفرع والتأصيل ، هما قوام الاجتهاد التشريعي كله (١) . واعتبار أن ما يطلق عليه الاصطلاح " الظروف الطارئة " في الفقه الوضعي ، ولا سيما في معظم قوانين البلاد العربية التي تبنت هذه النظرية من الفقه الاسلامي في هذا القرن قد وجدت فروعها وتطبيقاتها منذ القدم في الفقه الاسلامي في المظان الآتية :

١ — أحكام فسخ عقد الاجارة بالعدر ، في المذهب الحنفي ، سواء

أكان العذر (وهو الظرف الطارئ على ابرام العقد) لاحقا بالمؤجر أم بالمستأجر ، أم بالعين المؤجرة . ونظرية العذر هذه تفرد بها المذهب الحنفي دون سائر المذاهب الجماعية . على أن بعض الحلول التي تتعلق بالظرف الطارئ في المذاهب الاخرى وان كانت تنفك وما ذهب اليه المذهب الحنفي في موضوعها ، غير أنها لم تبين على اساس نظرية

(١) غير أن التأصيل في الفقه الاسلامي ، وبنائ نظريات عامة على اساس من فروعه اجتهد شاق ووضن ، يفقر الى كثير من الصبر والناة ، بالنظر لتعدد اسلوب مصادره فضلا عن افتقاره الى سعة الثقافة والتعمق في علم الاصول باعتباره من اهم ادوات الاجتهاد .

- المعذور (١) * بل على أساس آخر هو العيب في المعقود عليه الذي يثبت به للمشتري حق الخيار * فيكون من مظاهرها على كل حال .
- ٢ - أحكام خيار العيب في المعقود عليه .
- ٣ - وضع الجوائح (٢) في الزرع والشار في المذهبين المالكي والحنبلي * وأحكام الجوائح تدور بين فسخ العقد * وبين الحط من الثمن عن المشتري * بقدر التالف من

-
- (١) راجع بحث فسخ الاجارة بالعدر في المذهب الحنفي - المبسوط ج ١٦ ص ٢ وما يليها - للامام السرخسي - البدائع في ترتيب الشرائع : ج ٤ ص ١٩٧ وما يليها للامام الكاساني - تبين الحقائق ج ٥ ص ١٤٦ وما يليها للامام الزيلعي .
- البحر الرائق : ج ٨ ص ٣٥ وما يليها - تحفة الفقهاء : ج ٢ ص ١٧٤ للسمرقندي .
- تكملة فتح القدير : ج ٧ ص ٢٢٢ - درر الحكام شرح مجلة الاحكام ص ٢٣٧ وما يليها علي حيدر .
- (٢) راجع احكام الجوائح في المذهب المالكي .
- ١ - الزرقاني : شرح موطأ مالك - ج ٣ ص ١٠٣
- ٢ - بداية المجتهد : ج ٢ ص ١٦٣ وما يليها ص ١٨٧ لابن رشد الحفيد .
- ٣ - القوانين الفقهية : ص ٢٦٨ وما يليها - ابن جزى .
- ٤ - شرح الدسوقي على الدردير : ج ٤ ص ٢٧ وما يليها .
- في الفقه الحنبلي - المغني : ج ٤ ص ٢١٦ . كشف القناع : ج ٣ ص ٢٣٠ وما يليها فتاوى ابن تيمية : ج ٣ ص ٢٦٣ .

الشرأ والزرع (١) تبعا لما أحدثته الجائحة (٢) من أثر
استئصاله أو انقاصه وفي هذه الحال يكون التلف كلا أو بعضا من
ضمان الهائع وحده .

٤ - أو توزيع عب الخسارة على طرفي العقد في حالة تقلب أسعار النقود
(٣) وتغير قيمها (٤) أي تعديل الثمن المسقى ، لانسح العقد ، وهو -
ما يسميه ابن عابدين " الصلح على الأوسط " .
ثالثا - مضمون النظرية فقها :

من الخطأ الظن بأن ما يمس بنظرية الظروف الطارئة في قوانين البلاد
العربية وبعض القوانين الأجنبية قطابق في مضمونها ومعاييرها وأحكامها
ما استقر في الفقه الاسلامي المقارن ، من تطبيقات لها ، نشبة فروق واضحة
في كل اولئك ، مما تأبى الدقة العلمية في البحث اغفالها ، فادعاه بعض

(١) الجائحة في المذهب الحنبلي " كل آفة لاصنع للآدمي فيها ،
أي السماوية - المغني ج ٤ ص ٢١٦ .
- وما في المذهب المالكي - فالجائحة هي الآفة السماوية التي
تصيب الثمر كالبرد والعفن والدود والعطش وهذا بالاتفاق أما
ما يكون من صنع الآدميين كالسرقة ففيه خلاف ، فبعضهم رآه جائحة
وآخرون لم يروه كذلك ، على ما سيأتي تفصيله .
- بداية المجتهد : ج ٢ ص ١٦٢ وص ١٨٢ ابن رشد الزرقاني

ج ٣ ص ١٠٣ .

(٢) رسائل ابن عابدين : ج ٣ ص ٨٥ - مسألة تنبيه الرقود على مسائل النقود .
(٣) رسائل ابن عابدين : ج ٢ ص ٨٥ - مسألة تنبيه الرقود على مسائل النقود .
(٤) قيم : بكسر القاف وفتح اليا ، جمع قيمه .

- الكاتبين المحدثين هذا التطابق فيه شيء كثير من التزيد .
- الفقه الاسلامي ، ان في معايير أحكامه ، أو شروطه ، لانتخلف اعتبارات العدالة والانصاف من حيث تصورها نظرا أو تطبيقها عملا في كل فرع من أفرعه ، فلا يصدر حكم عن الأئمة مستخلص من نص ، أو مستنبط اجتهدا ، الا على أساس استدلال دقيق قوى محكم يربط الجزئي بالكلية ، والحكم به مقصد تشريعه ، ولا يضع شرطا الا ليوكد ذلك المقصد نظرا وعملا ، اذ الشروط ينهي الا تتنافى وحكمة مشروعية الحكم ، فلا تجد بينها تناقضا او تخالفا مما يوكد المنطق المتسق لهذا التشريع العظيم .
- وعلى هذا ، فمضمون النظرية ، كما يستخلص تطبيقاتها في مظانها ، ان شئ " حادثا ، أو ظرفا ، أو عذرا ، خاصا (١) ، أو عاما ، قد طرأ بعد ابرام العقد ، وقبل تنفيذه أو اثنائه ، سواء أكان لاحقا بشخص أحد طرفي العقد (٢) أو بحل العقد ، مما لم يكن متوقعا ، ولا ممكن الدافع غالبا (٣) ، جعل تنفيذ الالتزام التعاقدى ضارا بالمدين ضررا زائدا أو قاحشا (٤) ، وغير مستحق بالعقد ، لأن — منشاء ذلك الحوادث لاذات الالتزام ، فهو اذن خارج عن نطاق التعاقد ، سواء أكان الضرر قوامه تفويت منفعة محل العقد كالأوبعضا ، أم من
-
- (١) القوانين العربية ، اشترطت في الطرفين يكون استثنائيا وهاما ، لاخاصا بالمدين .
 - (٢) لاتعترف القوانين بالطرف الشخصي بل الموضوعي الواقع على محل العقد ، مما يقصر أثره على اقتصادياته .
 - (٣) بعض الظروف في تطبيقات هذه النظرية في الفقه الاسلامي ، ممكن التوقع والدفع ، خلافا للقوانين التي اشترطت الا يكون متوقعا ، بل ليس في الوسع توقعه ، ولا دفعه .
 - (٤) صرح بعض الفقهاء بمفهوم الزائد بأنه قاحش .

- تعذر استيفاء منفعة العقود عليه ، حسا أو شرعا (١) حتى يصبح مستحيلا لامرهقا فحسب (٢) في بعض الحالات ، أو كان ضررا شخصيا ، راجحا يلزم من المضي في تنفيذ موجب العقد (تنفيذ الالتزام) لطرف شخصي مما لا علاقة له بحل العقد وسلامته ، وكامل منفعته (٣) .
- الاثار أو الحكم الذي يترتب على مثل هذه الاعذار والحوادث في فقه المذاهب الكبرى الاربعة ، أما نسخ عقد الاجارة ، كما في المذهب الحنفي ، أو الحطب من الثمن بقدر التألف من المبيع ، كما في الجائحة أو الآفة التي اصاب الثمر أو الزرع أو الخضار ، وقد يسقط الثمن كله
-
- (١) الحوادث الذي يمنع استيفاء المنفعة حسا ، كالفيضان ، أو الحرب التي تنتشر خوفا عاما يحول دون امكان زراعة الارض في الاولى ، حسا ، أو الوصول الى العقار المؤجر في الثانية كذلك .
- أما المانع الشرعي فمن مثل عارض الطمث (الحيض) بالنسبة للمرأة المستأجرة لتنظيف المسجد ، اذا انتفت مدة الاجارة مع طروء هذا العارض ، اذ يحرم عليها شرعا دخول المسجد في هذا الحال ، فتتفسخ الاجارة بهذا العذر ، فالمانع شرعي لاحسي ، كما تسرى اذ من الممكن أن تنظف المسجد عملا لولا هذا المانع الشرعي .
- (٢) القوانين العربية تشترط الارهاق ، اما اذا بلغ حد الاستحالة فيدخل في نظرية أخرى هي نظرية الظروف القاهرة .
- (٣) لا تعترف القوانين العربية بالطرف الشخصي الطارئ الذي ينشأ عنه ضرر أرجح من منفعة العقد بعد الموازنة . في النظرية العامة الا استثناء في بعض التطبيقات في عقد الاجارة ، كما يرى في نص المادة ٦٠٨ من القانون المدني المصري مثله ، وهذا الاستثناء في الواقع - رجوعا لحكامها في الشريعة الاسلامية .

إذا أتت الجائحة عليه وأستأصلته ، في المذهبين المالكي والحنبلي ، وتحميل الهائع عبء الخسارة كلها ، أو تعديل قيمة الالتزام التعاقدى في الثمن وتوزيع عبء الخسارة على طرفي العقد في مسألة الوفاء بالنقود عند تقلب قيمتها وأسعارها ، وهذا ما يسيغه ابن عابدين " الصلح على الأوسط " (١) أو أرجاء تنفيذ الالتزام على ضوء ما تقتضيه العدالة في كل حالة على حدة .
وذلك هو مضمون النظرية — باجمال وإيجاز — في الفقه الاسلامي المقارن .

والخلاصة : ان مضمون النظرية يعتمد على العناصر التالية من الاركان والشروط .

أولا : وجود عقد يتراخى تنفيذه عن وقت إبرامه ، سواء أكان من العقود المستمرة التنفيذ ، حتى يعتبر الزمن عنصرا ملزما للاستيفاء من قبل احد المتعاقدين ، لا ينفصل عنه لأنه معياره ، كما في عقد الاجارة ، بالنسبة للمستأجر ، أو يعتبر عنصرا في الاداء بالنسبة لمن عليه الحق ، بالنسبة للموَجِر .

أو كمقود بيع الثمر القائم على الشجر ، وبعد بدو صلاحه ، فانه يقطف بطونها متلاحقة على النضارة عادة ، فيستمر تنفيذ العقد ، ولا يتعاصر مع وقت إبرامه .

ومثل ذلك بيع الزروع والخضار التي يتلاحق قطفها .

أو كان عقد بيع فوري التنفيذ ، فيما عدا الزروع والثمار والخضار ، إذا كان الثمن كله مؤجلا للتنفيذ بالاتفاق ، الى أجل مسمى ، أم كان —

منجما على اقساط .

وعلى هذا ، فلا بد من وجود عقد تراخي وقت تنفيذه عن وقت ابرامه ليتصور طرؤه العذر أو الحادث بعد ابرام وقبل التنفيذ أو اثنا ما مما يجعل تنفيذ الالتزام التعاقدى ضارا ضررا زائدا نتيجة للظرف الطارىء .

ثانيا : أن يكون ثمة حادث قد طرأ بعد ابرام العقد لم يكن متوقعا ولا كان بالوسع توقعه ، كما لا يمكن دفعه ، والتحرز منه وهذا في الأعم الأغلب في التطبيقات ، كما أسلفنا ، وسواء أكان هذا الحادث سماويا ، كالجوائح والفيضانات والجراد والعفن ، والدود ، أم من الآدميين كالحرب والثورة .

١ - ويشترط ألا يكون حدوثه بسبب من أى من المتعاقدين ولا كان مسئولا عن آثاره وحده ، ولا ينتفع بأحكام هذه النظرية .

٢ - كما يشترط ألا يكون منه تقصير في دفعه والتحرز منه ، ولا كان مقصرا ، ويتحمل تبعه تقصيره ، ولا يستفيد من أحكام هذه النظرية .

٣ - يستوى أن يكون الظرف عاما أم خاصا لاحقا بشخص أى من المتعاقدين .

ثالثا : ان يحدث ضرر زائد أو فاحش غير معتاد نتيجة لهذا الشرط أو العذر الطارىء ، لانتيجة للالتزام نفسه ، ويلزم حدوثه لتنفيذ موجب العقد ، بحيث لا يمكن انفكاكه في الأعم الأغلب .

رابعا : ويستوى أن يكون الضرر ماديا اقتصاديا يخل بالتوازن بين الالتزامات الناشئة عن العقد ، أو أن يكون ممنوبا يسر الاعتبار الانساني ، أو شرعيا يمنع الشارع نفسه من تنفيذ العقد لطرؤه هذا

الحادث أو المانع الشرعي •

وقد يصبح تنفيذه - بسبب الطارئ - مستحيلا • لمانع حسي أو لمانع شرعي كما أسلفنا • وأن كان هذا المعنى • مما يطلق عليه الفقه الوضعي • الظروف القاهرة لا الطارئة • ويجعلون فيصل التفرقة بينهما • أن تنفيذ موجب العقد أن أصبح مستحيلا فذلك من جزئيات الظروف القاهرة • وإن كان ممكنا • ولكن يضرر فاحش • فمن جزئيات ومضمون الظروف الطارئة •

خامسا • أحكام هذه النظرية • وحلولها • وقد سبقت الإشارة إليها •

رابعاً : التكيف الفقهي للنظرية :

يقصد بالتكيف الفقهي للنظرية وصفها الذي أضفاه عليها الفقهاء
في ضوء الآثار التي ترتبت عليها .

وقد أشرنا الى أن النظرية ذات أحكام وآثار ، يطبق كل منها على الواقعة
المعروضة بظروفها ، بما يتفق ومقتضى العدل .

وعلى هذا ، يختلف الحكم أو الحل باختلاف طبيعة الواقعة وظروفها
الملائمة على النحو التالي :

أ - قد رأينا ، أن من حلولها ثبوت حق الفسخ ، للمتعاقد المضرور ،
بالاعذار في عقد الاجارة .

ب - ومنها " الانساق التلقائي بحكم الشرع " كما في حالة تعذر
استيفاء المنفعة شرعا ، أى لمانع شرعي .

هذا ، ولاستحالة التنفيذ شرعا ، ينفسخ العقد تلقائيا ، دون
رضا المتعاقدين ، ودون حاجة الى رفع الأمر الى القضاء ليحكم
بالفسخ .

ج - وقد يكون الحكم " تعديل قيمة الالتزام " كما في أحوال تغيير
قيم النقود ارتفاعا وهبوطا ، وتوزيع عبء الخسارة على طرفي العقد
وهو ما سماه الفقهاء " الصلح على الاوسط " لاعادة التوازن بقدر
الامكان .

د - أو يكون تحميل البائع وحده عبء الخسارة ، كالأوبعضا ، كما
في الجائحة في الثمار والزروع ، بقدر التالف وتعديل الثمن ،
ولكن على حساب البائع وحده ، كما أشرنا .

التكييف الفقهي للنظرية في ضوء حلولها هو أنها صورة من صور
تعديل التزام العقد ، أو فسخه ، أو انفساخه تلقائيا بحكم
الشرع .

تبين لنا مما سبق ، وفي ضوء الحلول التي وضعها الفقهاء ، ان النظرية تتخذ صورة من تعديل العقد ، أو فسخه بأرادة منفردة هي ارادة الطرف المضرور ، أو انفساخه (١) شرعا . هذا ، وحق فسخ العقد ثابت هنا لا على أساس أن العقد فاسد ، ولا على أساس خيار الشرط او غيره من الخيارات ، بل على أساس الضرر الفاحش الناشئ عن السبب الطارئ (٢) وغير المستحق بالعقد . أما في قوانين البلاد العربية ، فقد اتخذت النظرية صورة واحدة فقط هي صورة " تعديل العقد ويتولى ذلك القضاء وحده " . فلا تعرف القوانين العربية التي استنقت النظرية من الشريعة الاسلامية صورة " فسخ العقد " بل أبقت على العقد قائما ، على الرغم من طرؤ الظروف وجعلت للقاضي سلطة " تعديل العقد " فقط . غير أن هذه القوانين اضطرت آخر الأمر - في تطبيقات عقد الاجارة ولظروف ظاهرة شخصية ، لاحقة بالمستأجر الى اللجوء الى اثبات حق الفسخ ، كما في المادة ٦٠٨ و ٦٠٩ ، من القانون المدني المصري ، وهذا حكم يقتبس من الفقه الاسلامي في بعض مذاهبه ، كالمذهب الحنفي ، ولكن على سبيل الاستثناء من عموم حكم النظرية .

هذا ، والشريعة الاسلامية ، لم تعتبر هذه النظرية صورة من

- (١) والواقع ان استحالة التنفيذ تدخل في نظرية الظروف القاهرة .
(٢) فهو اذن صورة من صور فسخ العقد - والفسخ حل ارتباط العقد .

صور " البطـلان " . بداهة ، لأن المفروض أن العقد صحيح قائم نافذ لازم ، ثم طرأ العذر .
ولا صورة من صور " انقضاء العقد الذي يتم بتنفيذه التزاماته المتبادلة " لأن المفروض أن الالتزام المبرق لم ينفذ بعد ، إذ أصبح تنفيذه بعد طرؤه العذر ، سببا لاضرار فاحشة للمدين ، وهو غير مستحق بالعقد فكان ثبوت الفسخ للمتعاقد المضرور اذن ، ليدفع عن نفسه الضرر ، وليستع عن تحمل غير المستحق ان شاء .

وليس صورة من الفسخ بالتراضي (الاقالة) ، ولا بسبب الخيار الذي يتصل بعيوب الرضا . وبالنظر في أحكام النظرية في الفقه الاسلامي يبدو أنه أكثر مرونة في أمداها بالحلول الاخرى كالفسخ عن طريق الاستثناء ، لقائع لا تقتضي العدالة ابقاء العقد . كما في حالات الاعذار الشخصية في عقد الاجارة على النحو الذي قدمنا (١) .

(١) تنص المادة ٦٠٨ من القانون المدني المصري على مايلي : " اذا كان الايجار معين المدة جاز لكل من المتعاقدين ، أن يطلب انهاء العقد (نسخه) قبل انقضاء مدته ، اذا جدت (طرأت) ظروف خطيرة غير متوقعة ، من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد من مبدأ الأمر ، أو في أثناء سريانه ، مرهقا . . . " .
وطلب انهاء العقد — نسخه .

وكذلك المادة ٦٠٩ من القانون المذكور ، اذ تنص على أنه " يجوز للموظف أو المستخدم اذا اقتضى عمله أن يغير محل اقامته ، أن يطلب ايجار مسكنه ، اذا كان هذا الايجار معين المدة . . . " وهذا استثناء من عموم حكم النظرية في القانون ، وهو " تعديل العقد " وفي ذلك رجوع الى حكم الفقه الحنفي .

مبدأ تدخل القاضي لتعديل التزامات العقد أو فسخه
في الفقه الاسلامي .

- والواقع أن الفقه الاسلامي - منذ القديم - وفي ضوء احكام
هذه النظرية لم يجعل العقد شريعة للمتعاقدين ، يقوم مقام القانون
في الزام كل من متعاقديه بكل آثاره وينوده ، وفي جميع الظروف المتغيرة
بل وضع " مبدأ إعادة النظر في العقد " من جديد في ضوء اثار
الظروف التي طرأت عليه ، بما تقتضيه العدالة سواء أكانت إعادة النظر
من قبل المتعاقد المضرور ، وهو صاحب الحق الاول في هذه الحال ،
أو من قبل القاضي ، وبذلك وضعت الشريعة " مبدأ تدخل القاضي "
في تعديل العقد في ضوء الظروف الجديدة الطارئة ، فلم تعد
وظيفته مقصورة على مجرد تفسير العقد في ضوء نية عاقيه ،
أو بعبارة أخرى يملك القاضي المجتهد ، وظيفتين حسب الاحوال :
١ - وظيفة تفسير العقد ، في ضوء نية عاقيه ، ليتم تطبيقه
تطبيقاً سليماً على مقتضى تلك النية المشتركة ، لطرفيه ، وهذه
هي وظيفته الاولى والاساسية .
٢ - وظيفة تعديل العقد ، أو تعديل قيمة الالتزام ، وأحياناً
فسخه ، حسب الأصول تحديداً للعدالة ، وهذا تدخل
من القاضي ، وخروج على مبدأ اصل لزوم العقد من حيث
الظاهر .

تدخل المشرع للحكم بانفساخ العقد تلقائيا دون رضا أو قضاء

ويتدخل المشرع أحيانا بحكم مباشر ، في حالات معينة فيقضي بانفساخ العقد تلقائيا ، دون حاجة الى إرادة الطرف المضرور ، او النسي حكم القضاء كما أشرنا ، اذا كان الطرف المانع شرعيا . وهذا مما يضعف من مبدأ سلطان الإرادة ، بلا ريب ، اذ مقتضيات العدل هي التي ينبغي أن تسود جزئيا في الفقه الاسلامي ، ولذا لا بد في كل عقد - كما يقول الامام ابن تيمية - من رضى المتعاقدين وموافقة الشرع .

خامسا : الأدلة التي نهضت بتأصيل النظرية في الفقه الاسلامي المقابون

أ - الأدلة الاجمالية :

ترجع الأدلة الاجمالية التي تنهض بتأصيل هذه النظرية ، الى أصول تشريعية عامة (١) ، وقواعد فقهية .

(١) كل أصل عام نص عليه المشرع في الكتاب العزيز ، أو الحنة المطهرة نطلق عليه " الاصل التشريعي العام " .
- واما القواعد الفقهية المستنبطة اجتهادا ، فنطلق عليها " القاعدة الفقهية " أو الاصل الفقهي العام ، تمييزا لها عن الاصل التشريعي العام .
وأما النص الجزئي الذي ورد بخصوص مسألة بعينها في الكتاب أو السنة فهو أصل تشريعي خاص ، ويمكن أن يكون أصلا يقاس عليهم غيره اذا استنبطت علته وحددت ، وتحققت في الفرع المقيس وحيثما يتحد الحكم في الاصل والفرع ، لاتحادهما في العلة التي هي مبني الحكم ، وبذلك يكتسب النص التشريعي الخاص بقوة منطقية تشريعية بتعميله ، لأنه يصبح شاملا لقائع لا تحصى بمعقوله وروحه (علة)

١- أما الاصول التشريعية العامة فمن مثل : قوله تعالى :
" لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل " .
وجه الاستدلال ، أن ما أتت عليه الجائحة مثلاً من الثمار أو الزروع -
البيعة ، ينبغي أن يحط ويخفض من الثمن ، بقدر التالف ، حتى يتم
إعادة التوازن بين ما يعطي كل من العاقدين وما يأخذ ، ولا اختل
هذا التوازن ، فأخذ أحدهما أضعاف ما أعطى ، أو العكس ، وهو ضرب
من أكل أموال الناس بالباطل ودون مقابل .
ذلك لأن ما استفيد نتيجة للظروف ، لا يقوم على سبب ثابت في نظم
الشرع (١) ، وهذا هو الباطل الذي لا يقوم على سبب شرعي معتبر ، ذلك
إذا حال العذر الطارئ دون تمكن أحد طرفي العقد من استيفاء
المنفعة مع كونها قائمة ، أو إذا أدى إلى فواتها ، فينبغي أن تحل
الرابطة العقدية ، إذا شاء الطرف المضرور ، لأن بقاء العقد وتنفيذه
الالتزام ، على الرغم من آثار هذا العذر ، يؤدي حتماً إلى أن يستوفي
أحد المتعاقدين قيمة الالتزام كاملاً ، وإن حرم الآخر أو ينقص من حقه
بفعل ذلك الطرف ، دون وجه حق ، ولا سيما إذا لم يكن له يد فسي
طروء هذا الطرف ، ولا قبل له بدفعه أو الاحتراز .

ومحكومة بالتالي بحكمه ، بعد أن كان خاصاً في منطوقه ، أو بعبارة
أخرى يصبح عاماً بمعقوله وإن كان خاصاً بمنطوقه .
(١) الباطل ضد الحق ، والحق هو الوجود الثابت من كل وجه فالباطل
ما لم يكن ثابتاً ، ولا موجوداً في الشرع ، وما لا يقوم على سبب شرعي
معتبر .

منه ، ولم يثبت تقصيره أو تفريطه .

وقد جاء هذا المعنى فيما رواه البخارى بسنده عن رسول الله — صلى الله عليه وسلم — قوله : **بِمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ ؟** " وبين الامام العيني — شارح صحيح البخارى — الحكم الذى أخرجه الرسول — صلى الله عليه وسلم — في صورة الاستفهام الاستنكارى هذا ، فيقول : **أَيُّ شَيْءٍ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ إِذَا تَلَفَ الثَّمَرُ ، لِأَنَّهُ إِذَا تَلَفَ الثَّمَرُ لَا يَبْقَى لِلْمَشْتَرَى فِي مَقَابِلِ مَا دَفَعَ شَيْءٌ ، فَيَكُونُ أَخْذُ الْبَائِعِ بِالْبَاطِلِ .** وفي رواية في صحيح مسلم قوله — صلى الله عليه وسلم — **بِمَ تَأْخُذُ مَالَ أَخِيكَ بِغَيْرِ حَقٍّ .**

وفي رواية " **بِمَ يَسْتَحِلُّ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ ؟** " .
 ووجه الاستدلال بالاحاديث الشريفة ظاهر ، وهو أن البائع إذا تمسك بالعقد ، وطالب المشتري بالثمن ، فلا يحل له أخذه ، لأنه باطل وبغير حق ، ولا يحل .
 وعلى هذا فالأصل التشريعى العام ، وهو قوله تعالى : **" لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ "** شامل بعمومه هذه الفروع التي جاءت السنة التفصيلية مؤكدة لحكم الأصل العام .

فالابقاء على العقد (١) وعدم نسخه ، أو عدم تعديل قيمته الالتزام التي أشر فيها العذر الطارىء ، بما يعيد التوازن ، أصبح سببا مفضيا الى ظلم أحد طرفيه ، وانتفاع الآخر بما لا يحل ، أو بالباطل ، والشريعة لم تشرع العقود أساسا لتكون اسبابا مفضية الى الجاهلدة ، أو لانتفاع

(١) عبد القارى شرح صحيح البخارى : ج ١ ص ٨ — صحيح مسلم بشرح النووي : ج ١٠ ص ٢١٦ وما يليها من الاوطار : ج ٢ ص ٢٠٠ للشوكاني .

الناس في الظلم من جراء تنفيذها في ظرف طرأ فأثر على قيمة
الالتزام تأثيراً بيناً ، فكان أثره ضرراً بالتنفيذ ، ولا ينفك عنه .
وإذا كان الأصل العام هو " لزوم العقد " ووجوب الوفاء بالتزاماته
لكن ذلك مقيد بالأدلة الاجمالية الأخرى هذه ، التي تحرم الظلم
وأكل أموال الناس بالباطل ، وتمنع إيقاعهم في العنت والحرج .
ولا يجوز الاجتزاء بأصل عام ، واطراح الأدلة الأخرى ، لأن التشريع
الإسلامي كل لا يتجزأ تصوراً وواقعاً ، أو نظراً وتطبيقاً .
فهذه الأدلة الاجمالية التي نشأت عن تغير الظروف أضحت دلائل
تكليفية أخرى تعارض أصل اللزوم في العقد ، فيجب العمل بالراجح
الذي يرفع التعارض الظاهري .

وهذا من باب تحقيق المناط الخاص (١) كما علمت .

ذلك ، لأن المناط العام ، هو قيام عقد مبرم صحيح نافذ لازم ، مقرر
في الظروف العادية التي لم يطرأ عليها تغيير يترك أثراً في توازن آثار
العقد ، والتزاماته ، حتى إذا تغيرت الظروف الملائمة ، نشأ عنها

-
- (١) وهذا يشير إليه الرسول - صلى الله عليه وسلم - حين طلب
المشتري من البائع أن يقلله (يفسخ العقد) أو يرضع عنه
بقدر التالف ، وحلف البائع ألا يفعل شيئاً من ذلك ، لأنه
أراد الإبقاء على العقد ، فأنكر الرسول - صلى الله
عليه وسلم - وقال : تألى - حلف - على الله ألا يفعل خيراً
المراجع السابقة .

دلائل تكليفية أخرى ، كما ذكرنا ، تتعلق بمآلاتها اذ لكل حالة بظروفها حكم خاص بها ، يحقق العدل والمصلحة المعتبرة فيها .
ولأن هذه المآلات لم يتم التراضي عليها عند إبرام العقد .
وأيضا التعميم — أى تعميم حكم المناط العام — انما يفترض التشابه في الظروف أما وقد اختلفت ، واختلفت بالتالي آثارها تبعاً لها ، فقد غدا من الظلم سحب الحكم العام عليها بعد ذلك ، بل لابد لكل واقعة بظروفها من حكم خاص يناسبها عدلاً ، كما اسلفنا (١) نظراً للمآل .
وتطبيقاً لمقتضى هذا الأصل الذى أصلناه لك ، فان الآية الكريمة ،
" لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل " أصل تكليفي عام ، أما أنه تكليفي فذلك لِمَكَانِ النهي الذى يوجب التحريم ، وأما أنه عام فلأنه ، يشمل بضمونه وحكمه ، كل الوقائع وصور المعاملات التى يتحقق فيها أكل الاموال بالباطل ، أى دون اساس أو سبب شرعي ثابت معتبر ، ولو عن طريق تنفيذ الالتزامات التعاقدية ، لعموم النص .
اذن ، يتعلق هذا الأصل العام بنظريتنا هذه أساساً عاماً لحكمها ، في كل عقد نشأ عن الطرف الذى طرأ بعد إبرامه ، وقبل تنفيذه أو أثناءه ضرر مالي زائد غير مستحق بالعقد نفسه ، يلزم حدوثه تنفيذ الالتزام التعاقدى ، في ظل هذا الطرف بالنسبة لأحد متعاقديه ، ويستفيد المتعاقد الآخر حتماً من نتائج هذا الطرف ، دون وجه حق ، أو سبب شرعي معتبر .
فانتفاء السبب الشرعي لتحمل الضرر الزائد ، وما يلزم عنه من فائدة زائدة للطرف الآخر هو الباطل بعينه .

(١) راجع بحث " المناط الخاص " كتابنا الفقه المقارن .

فهذا الدليل التكليفي العام الذي نشأ تعلقه (١) باختلال التوازن بين الالتزامات في مضمون العقد اقتصاديا ، أو أعدامها كلية ، حسب الأحوال ، ليحكمه بحكمه ، حماية للطرف المضرور ، قد عارض الحكم الأصلي لآثار العقد ، وهو اللزوم ، أو وجوب الوفاء بها ، أو المضي في موجب العقد ، أو بعبارة أخرى ، تعارض أصلا ، في مثل هذه الحال بالنسبة لآثار العقد .

أحدهما : أصل اللزوم وهو وجوب الوفاء بالتزامات العقد ، لقوله تعالى : يا أيها الذين آمنوا ، أوفوا بالعقود (٢) ، وهو أصل عام في عقود

(١) نشؤ تعلق هذا الدليل التكليفي العام ، بأثر الطرف الطارئ عند طرؤه بعد إبرام العقد ، بسبب ما أحدثه الطرف من اختلال التوازن في مضمون العقد واقتصادياته .

غير أن الدليل لا يشمل إلا الأضرار التي تتعلق بالمال فقط ، ولا يشمل الأضرار الجسمية والأدبية التي تشملها النظرية بمضمونها وحكمها .

(٢) يقول الإمام القرطبي في تفسير هذه الآية " أمر الله سبحانه بالوفاء بالعقود ، قال الحسن (البصري) يعني بذلك عقود الدين ، وهي ما عقده البرء على نفسه ، من بيع ، وشراء ، وأجارة وزواج ، وطلاق ، ومزارعة ، وصالحة ، وتمليك ، وتخيير . . .

وقال ابن شهاب : قرأت كتاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - الذي كتبه لعمر بن حزم ، حين بعثه إلى نجران ، وفي صدره : هذا بيان للناس من الله ورسوله : يا أيها الذين آمنوا ، أوفوا بالعقود وقال الزجاج : أوفوا بالعقود عليكم ، ومعقدكم بعضكم على بعض ، وهذا كله راجع إلى القول بالمعصية ، وهو الصحيح في هذا الباب . - نيل الأوطار - ج ٥ ص ٢٠١ للشوكاني .

المعارضات كالبيع والاجارة ، مناطه العام ، قيام عقد مبرم صحيح

نافذ ، فيكون لازما ، كما بينا .

ثانيهما : أصل تكليفي عام ، نشأ عند طرؤ الطرف ، وتعلق بأثر هذا الطرف ومقتضاه تحريم أكل أموال الناس بدون سبب شرعي معتبر — أى بدون وجه حق . ذلك لأن الضرر الفاحش اللاحق بأحد المتعاقدين ، نتيجة للطرف الطارىء ، هو في الواقع — نفع زائد بالنسبة للطرف الآخر ،

يستفيد ، لزوماً لامن العقد والطرف الطارىء ليس سبباً شرعياً يسوغ هذه الفائدة ، لأنه نفع بدون عوض ، كما أسلفنا ومن هنا كان باطلاً .

يرشدك الى هذا ، أنه لولا الطرف الطارىء ، لما نشأ الضرر بالنسبة لأحد طرفي العقد ، ولما استفاد من ذلك الطرف الآخر محتماً .

وانما قلنا ، أن الاصل التكليفي العام ، وهو قول سبحانه : " لا تأكلوا

أموالكم بينكم بالباطل " انما تعلق بأثر الطرف ، لا بذاته ، إذ الاحكام تتعلق بالآثار والآلات ، وهي هنا الاضرار .

وأيضاً التعلق بالأثر والمآل انما كان عند طرؤ الطرف لاقبله .

ذلك ، لأنه طرؤ الطرف ، وقبل حدوث أثره على آثار العقد والتزاماته

كان واجبا العمل بحكم الأصل ، وهو اللزوم ، ووجوب الوفاء بالتزامات

المتبادلة على كل من طرفيه لتحقيق مناطه العام في الاحوال العادية ،

وهو قيام العقد المبرم الصحيح النافذ ، كما أشرنا .

هذا ، ومن المعلوم ، أنه اذا تعاور الواقعة دليلان متعارضان في مواقع

الوجود وجب الترجيح ، كما يقول الامام الشاطبي ، إذ ليس لله

تمالى الا حكم واحد فقط في كل واقعة مهما اختلفت ظروفها ، يجسب

على المجتهد تحريره وتبينه عند التطبيق ، وبالترجيح يرتفع التعارض الظاهري .

وقد رأينا الفقهاء يرجحون دليل المال على دليل حكم الأصل ،
فيحكمون بحكم المناط الخاص لا العام ، حماية للطرف الضعيف المضرور
فيحكمون أما بالفسخ ، اذا تعين طريقا لرفع الظلم ، أو بتعديس
قيمة الالتزام ، أو بإرجاء تنفيذه فترة معينة اذا كان من المتوقع ، زوال
الظرف في وقت معقول ، عملا بقاعدة السيرة ، كل ذلك ، دفعاً
للضرر ، ومنعاً لاحد طرفي العقد أن يأكل مال أخيه ، بالباطل
ويستفيد من تكبات الظروف ، اذ الظرف الطارئ والخارج عن نطاق
التعاقد ، ليس سبباً شرعياً يثبت به حق امتلاك أموال الناس ، لأنه
دون عوض ، كما أشرنا .

وإذا تعد السبب الشرعي ، كان الامتلاك لمال الغير باطلاً مشمولاً

بمعنى الآية الكريمة .

هذا الدليل الاجمالي قاصر عن أن يكون أساساً لعموم مناط

النظرية وشمول أحكامها .

أو بعبارة أخرى أن هذا الدليل الاجمالي ، قاصر عن عموم الدعوى ،
أي قاصر عن أن يكون أساساً لعموم مناط النظرية ، وشمول أحكامها ،
ذلك لأنه لا يتناول الا " الضرر المالي " فقط ، أي لا يتعلق الا باقتصاديات
العقد ، لكذلك قد علمت ، أن مضمون النظرية يتسع ليشمل بعمومه وقائع
أخرى ، مما يكون فيها الضرر جسمياً ، أو أدبياً معنوياً ، وهذا لاعتلاقة
له بالمال أصلاً ، ولا سيما في عقد الاجارة ، والاعذار التي تطرأ
عليه ، مما يستوجب نفيه ، لضرر جسمي أو أدبي ، فضلاً عن المانع
الشرعي .

وعلى كل حال ، فان هذا لا يخل بصلاحية هذا الدليل ، ليكون
 مبنى وأساسا لكثير من احكام هذه النظرية ، اذ تتضافر على النهوض
 بتأصيلها أدلة اخرى كثيرة اجمالية وتفصيلية ، على ما سيأتي بيانه .
 ٢ — ومن الأصول الشرعية الاجمالية قوله تعالى : ان الله يأمر
 بالعدل ، والاحسان " ووجه الاستدلال ان العدل هو المساواة
 والدقة في الاقتضا " ، في المعاملات والاحسان تجاوز العدل الى الفضل
 عملا بقوله سبحانه : " ولا تنسوا الفضل بينكم " .
 ويقول الامام العزبن عبد السلام : " ان اجمع آية في القرآن ، للحث
 على الصالح كلها ، والزجر عن المفسد بأسرها ، قوله تعالى : ان
 الله يأمر بالعدل والاحسان (١) " والاحسان في المعاملات يخفف
 من حدة المعادلة الدقيقة في الاقتضا " ، أى اشرا لتطبيق القواعد
 العامة ، فيكون الاستثناء الذى يكون اقرب الى روح التشريع في بعض
 الظروف والازمات .

وفي هذا المعنى يقول الزمخشري في تفسيره : " ان العدل هو
 الواجب والواجب أمر الشرع ، وقد يقضى بتكليف لا يطاق ، وفي ذلك
 ظلم وجور ، ولا يتصور صدورها من الله ، فكان الأمر بالاحسان ، —
 للتخفيف من تفریط العدل (٢) أى المبالغة في تطبيقه .
 ووجوب الوفاء بالعقد عدل ، والله تعالى أمر به ، ولكن جاء الأمر
 بالاحسان ، اذا لزم عن ايفاء العقد ضرر زائد
 في ظرف طارىء " .

(١) قواعد الاحكام ج ٢ ص ١٦١ .

(٢) تفسير الكشاف : ج ٢ ص ٢٤١ — للزمخشري .

وهل هذا ، فالتشريع التفصيلي في قوله سبحانه : يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود إذا أضحت تطبيقه في ظرف من الظروف ، مؤديا إلى ضرر راجح غير مستحق ، بالنسبة لواقعة معينة ، يوقف حكمه ، نفيًا للضرر اللازم له ، لالذاته ، وتستثنى الواقعة ، ويثبت لها حكم آخر ، يدفع الضرر —

وكذلك مضارة الدائن بمدينته بما نشأ له عن العقد من حق ، غير مشروعه ، بمقتضى عموم قوله — صلى الله عليه وسلم — لا ضرر ولا ضرار .
لأن هذا ضرب من المضارة في التصرف في الحق ، وهو محرم .
ثانيا : القواعد الفقهية العامة التي تنهض بتأصيل النظرية :

أولا : الضرر يزال (١) وهي قاعدة متفرعة عن قوله — صلى الله عليه —

وسلم — " لا ضرر ولا ضرار " .
والمعنى أن الضرر غير المستحق ، يجب إزالته شرعا ، إذا وقع ، أيضا كان منشؤه لأنه ظلم .
ولا ريب أنه إذا كانت إزالته واجبة شرعا ، إذا وقع ، فإن دفعه قبل وقوعه واجب من باب أولى ، إذ من المقررات الشرعية ان " الضرر يدفع بقدر الإمكان "

ثانياً — الحاجة تنزل منزلة الضرورة ، عامه كانت أم خاصة (١) .

وإذا كانت مواقع الضرورة مستثناة من قواعد الشرع ، دفعا لها ،
فالحاجة كذلك ، تيسيرا على الناس ، ورفعا للعسر والضيق غير المألوف
عنهم .

— والمدين بالالتزام المرهق ، نتيجة لعذر طارئ ، واقع نفسي
الحاجة التي تقرب من الضرورة ، فيجسب رفع الضيق عنه ، ولو استثناء
من قواعد الشرع .
الى غير ذلك من قواعد وجوب ازالة الضرر .

(١) وجاء في تعليل القاعدة " الضرر يزال " في شرح المجلة
لعلي حيدر : ج ١ ص ٣٣ مايلي : " ولأن الضرر هو ظلم وعذر
والواجب عدم ايقاعه .

ثم يبين ان الضرر قد يكون منشؤه قصد المضارة في التصرف في
الحق بقوله : كذا لو أحدث شخص بنا في ملكه (حقه) وتسبب
عن ذلك حصول الظلام في غرفة جاره بصورة لا نستطاع معها القراءة
والكتابة ، وما أن ذلك ضرر فاحش يزال .
فالعلة هي الضرر الفاحش ولو كان منشؤه استعمال حق — كما ترى
فما نحن فيه كذلك ، لأن الزام الدائن المدين بتنفيذ التزامه لمصلحة
الدائن ، ذلك التنفيذ الذي تسبب عنه ضرر فاحش اثر للظرف
هو مضارة في استعمال الحق وما أن ضرر فاحش غير مستحق وجب
أن يزال .

ثالثا : درء المفسد أولى من جلب المصالح :

أصل هذه القاعدة : قول النبي - صلى الله عليه وسلم - " إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم ، وإذا نهيتكم عن شيء ، فاجتنبوه " .
وجه الاستدلال ، أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - علق امتثال الأمر بالاستطاعة ، بينما سد باب النهي كله ، فلم يجزه أبدا الا عند الضرورة .

وأیضا ، فان الأمر يفيد طلب الفعل ولو مرة ، والنهي يفيد طلب الكف عن الفعل أبدا .

وأیضا الواجبات تؤثر فيها المشقة للترخيص ، ولو كانت من باب الحرج بخلاف المحرمات ، فانه لا يؤثر فيها الا الضرورة التي يخشى منها علس النفس أو الدين ، وسائر الضرورات الخمس .

ويقول الفقهاء ، محل هذه القاعدة اذا كانت المفسدة راجحة ، وكان في غير ضرورة .

فاذا تعارض مفسدة ومصلحة ، قدم المفسدة الراجحة ، لما قدمنا ، من أن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتناؤه بالمأمورات ، للحديث الشريف المتقدم .

وبينا آنفا ، أنه تعارض في مسألتنا هذه أصلان ، مصلحة الأصل التي يقتضيها وجوب إيقاء المقد ، والمفسدة او الضرر الناتج عن الظروف الطارىء ، وهو بين (٢) ، وغير مستحق ، فيقدم دفع الضرر الراجح

(١) الاشياء والنظائر للسيوطي : ص ٧٩ .

(٢) البين الفاحش .

- غير المستحق ، بالفسخ أو بالتعديل حسب الأحوال (١) .
- لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتناؤه بالمأمورات .
- ومن ذلك قاعدة " الضرر الأعظم يزال بالأخف " .
- إذن يراعى في تطبيق القواعد الآمرة في الشرع ، ألا يلزم عن ذلك ضرر راجح غير مستحق ، بفعل الظروف ، لأنه ظلم ، والظلم محرم قطعاً ، وهذا شرط ضمني تتوقف عليه سلامة التطبيق والنتائج عدلاً .
- ولعل هذا هو مؤدى قول الإمام ابن تيمية : " لا بد في العقد من رضا المتعاقدين ، وموافقة الشرع ، أى إنشاءً وتطبيقاً ، ونتائج .
- لأن التشريع الإسلامي كل متسق ، لا تتناقض جزئياته مع كلياته ، لا في التصور ، ولا في الوقوع .
- يؤيد ذلك قول الرسول — صلى الله عليه وسلم — : " من عمل عملاً ليس عليه أمرنا ، فهو ردى " .
- الأدلة التفصيلية الخاصة بالنظرية التي نهضت بتأصيلها :

أولاً : من السنن :

أ — ما روى عن جابر بن عبد الله — رضي الله عنه — قال : قال رسول الله — صلى الله عليه وسلم — : " لو بعت من أخيك

- (١) راجع كتابنا : " الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق " ص ٤٦٤ وما يليها — طبع — جامعة دمشق — ١٣٨٦ هـ — ١٩٦٧ م .
- وراجع أيضاً من ص ٤٥٣ وما بعدها — المرجع السابق .

ثمرا ، فأصابته جائحة (١) ، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا
 به تأخذ مال أخيك بغير حق (٢) ٠

ب- مارواه مسلم : أن النبي - صلى الله عليه وسلم - " أمر بوضغ
 الجوائح " (٣) ٠

ج- أخرج البخارى بسنده عن عمرة بنت عبد الرحمن ، قالت : " صنعت
 عائشة رضي الله عنها ، تقول : " سمع رسول الله - صلى
 الله عليه وسلم - صوت خصوم بالهباب عالية أصواتهم ، وإذا -
 أحدهم يستوضع الآخر (٤) ، ويسترقه (٥) في شيء ، وهو
 يقول : والله لأفعل ، فخرج عليهما رسول الله - صلى الله
 عليه وسلم - فقال : أين المتألي (٦) لا يفعل المعروف ؟

(١) الجائحة هي الآفة السدأوية التي تصيب الثمار فتهلكها ٠٠٠

ولا خلاف أن البرد والقحط والمطر جائحة ، وكذلك كل ما هوس
 آفة سدأوية ، وأما ما كان من آدميين كالسرقة ففيه خلاف : منهم
 من لم يره جائحة ، لقوله - صلى الله عليه وسلم - في الحديث عن
 أنس : " إذا منع الله الثمرة ومنهم من قال انه جائحة تشبيها
 بالآفة السدأوية - نيل الأوطار : ج ٥ ص ٢٠ للشوكاني -
 طبع الهابي الحلبي - الطبعة الأخيرة ٠

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي : ج ١٠ ص ٢١٦ - الطبعة الأولى -
 تصوير دار احياء التراث العربي ٠

(٣) المرجع السابق : ووضغ الجوائح معناه انقاص الثمن بقدر التالف
 من الثمر حتى اذا اتلف الثمر كله سقط الثمن كله ٠

(٤) يطلب اليه ان يضع الثمن ، أن يتقص منه ٠

(٥) يسترقه يطلب اليه الرقيق بحاله (٦) المتألي : أى الخالف بالله ٠

فقال : أنا يا رسول الله ، وله أى ذلك أحب ؟

د — مارواه مالك في الموطأ ، عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن ، أنه سمعها تقول : ابتاع — رجل ثمر حائط (١) في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم فعالجه وقام فيه حتى تبين له النقصان ، فسأل رب الحائط أن يضع له ، أو أن يقله فحلف أن لا يفعل ، فذهبت أم المشتري الى رسول الله — صلى الله عليه وسلم — فذكرت ذلك له ، فقال رسول الله — صلى الله عليه وسلم — تألى " أن لا يفعل خيرا فسمع رب الحائط فقال : يا رسول الله ، هو له " وأى له ما طلب من التخفيض .

ووجه الاستدلال بأحاديث الباب كما يلي :

أولا : ما روى عنه صلى الله عليه وسلم — أنه " أمر بوضع الجوائح " والأمر يقتضي الوجوب ، ولا يصرف الى الاستحباب والندب ، كما ورد في روايات أخرى ، من أن عدم وضعها ، لا يحل . وهو أكل لاموال الناس بالباطل ، وبدون وجه (٢) .

ثانيا : قوله — صلى الله عليه وسلم — أين المتألي على الله ألا يفعل المعروف " استفهام يفيد الإنكار ، وهو يفيد المنع والتحريم . وأيضا ، سعى الشارع وضع الجوائح ، أو الاقالة من العقد على الثمار التي أصيبت بها " معروف مأمور به يأمر به بالمعروف وينهون عن المنكر " فكان واجبا اما التخفيض او النقصان بقدر التالف ، أو الاقالة والفسخ .

(١) الحائط — البستان . (٢) المعني على البخاري : ج ١ ص ٨ — ونيل الاوطار : ج ٥ ص ٢٠ للشوكاني يقله — يفسخ العقد بتراضيهما

ثالثا : فهم الصحابي انكار النبي — صلى الله عليه وسلم — لتعنته على أنه يفيد التحريم ، ولذا أجاب النبي — صلى الله عليه وسلم — الى ما رغب فقال : " هو له " يارسول الله — أى له الخط من الثمن أو الفسخ ، وفي رواية : " وله أى ذلك أحب " (١) .

وهذه الأحاديث تنهض بجمعها لتفيد وجوب الحط من الثمن ، أو — الفسخ ، وهو الراجع ، وهذه الأحاديث مرفوعة على الصحيح (٢) . ولا بد من التعرض لخلاف الفقهاء ، فيما اذا بيع الثمر بعد بدو صلاحه وسلمه البائع للمشتري بالتخلية ، ثم تلفت بالجائحة قبل أوان الجذاذ . فقال الشافعي وأبو حنيفة وغيره من الكوفيين ، والليث بن سعد لا يرجع المشتري على البائع بشي ، وحملوا الأحاديث التي وردت — بوضع الجوائح ، على ما اذا لم يبيع الثمر قبل بدو الصلاح ، بغير شرط القطع .

واستدل الطحاوي على هذا الاتجاه بحديث أبي سعيد " أصيب رجل في ثمار ابتاعها ، فكثر دينه ، فقال النبي — صلى الله عليه وسلم — تصدقوا عليه ، فلم يبلغ ذلك وفاه دينه ، فقال : خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك (٣) .

ووجه استدلال الطحاوي بالحديث ، أن دين الغرماء لم يبطل بذهاب الثمار بالعاهات ، ولم يأخذ النبي — صلى الله عليه وسلم —

(١) المراجع السابقة .

(٢) نيل الاوطار : ج ٥ ص ٢٠٠ وما يليها للشوكاني .

(٣) أخرجه مسلم — وأصحاب السنن : نيل الاوطار — ج ٥ ص ٢٠٠

الثلث من مبيعها منه ، فدل على أن وضع الجوائح ليس على عبوه "
 ويجاب عن ذلك بأن ليس في هذا الحديث حجة على عدم وضع الجوائح
 إذ لا صلة له بموضوع النزاع ، ولم يصرح في الحديث بأن ذهاب ثمرة ذلك
 الرجل كان بعاهة مساوية .

وأما ما ذهب إليه الامام أبو حنيفة والشافعي في الجديد ، من حمل
 الأحاديث التي تغيد وجوب وضع الجوائح على ما إذا بيعت قبل بدو
 الصلاح ، فيجاب عنه بما أجاب به الامام الشوكاني ، من أن : " التنصيص
 على الوضع (١) مع البيع قبل الصلاح ، لا ينافي الوضع مع البيع بعده (٢)
 ولا يصلح مثله ، لتخصيص ما دل على وضع الجوائح ، ولا لتقييده " .
 ومفاد كلام الامام الشوكاني ، ان ما ورد من النص على وضع الجوائح مع البيع
 قبل بدو الصلاح ، ان هذا الظرف " قبل بدو الصلاح " لا يصلح قيداً
 قيداً تغيد به أحاديث الباب ، إذ لا تنافي بين وجوب الوضع قبله أو بعده ،
 لأن هذا القيد غير معتبر في تشريع الحكم ، لسبب بسيط ، هو أنه
 يتنافى مع حكمة التشريع ، وهو دفع الضرر والظلم ، وذلك لا يختلف بكون
 العاهة قبل أو بعدا ، فالمرع نص على القبلية لا للتقييد بل للوقوع ،
 وعلى هذا فلا مفهوم له ، لأن مفهوم المخالفة إنما يعمل به إذا لم
 يثبت من المشرع ارادة الموافقة في الحالين ، حالة ثبوت القيد وانتفاؤه
 تحقيقاً للمصلحة والعدل .

ومنشأ الخلاف ، هل التخلية قبض كامل ، فيكون الهلاك من ضمان المشتري
 لأن المبيع هلك بعد التسليم الكامل .

(١) وضع الجوائح او الحط من الثمن بقدر التالف من الثمر .

(٢) نيل الاوطار : ج ٥ ص ٢٠١ للشوكاني .

أو التخلية ليست قبضا كاملا ، فيكون هلاك المبيع قبل التسليم من

ضمن البائع .

وهذا اختلاف في تحقيق مناط التسليم الكامل في الوقائع المعروضة .

والراجع ما قلنا من وجوب وضع الجوائح ، وهو ما أكده الامام القرطبي

بقوله : " وفي الأحاديث دليل واضح على وجوب اسقاط ما أجتنب

من الثمرة ، عن المشتري " (١) .

سادسا : من أهم الاصول الفقهية الاجتهادية للنظرية ، ما اعتمد

الحنفية من أصل النظر في المآل ، اساسا لأحكام نسخ الاجارة بالعدر

وتطبيقا لها :

ما يتضمن مفهوم هذه النظرية ومناطقها ما أتى به الحنفية من

أحكام اجتهادية تتعلق بنسخ عقد الاجارة بالعدر أو الظرف الطارئ

سواء كان متعلقا بالاستأجر أو المؤجر ، أو العين المؤجرة ، حيث

اعتمدوا فيما صدروا عنه من اجتهادات في هذا الصدد — أصل النظر

في المآل ، على ما صرح به أئمة مذهبهم ، في أوثق وأقدم مصادر

ما تناوله بالبحث والتحليل ، والقارنة بما ورد في المذاهب الاخرى

من نظيره ، أو متعلقا بموضوعه ، واستجلاء الفلسفة التشريعية التي

تنهض عليها تلك الأحكام .

(١) نيل الاوطار : ج ٥ ص ٢٠١ للشوكاني .

أصل النظر في مآل الظرف أو العذر الطارئ هو العلة في سلب

صفة اللزوم في الحال عن عقد الاجارة واثبات حق الفسخ للمضروفي

اجتهاد أئمة الحنفية ، اذا تعين طريقا لدفع الضرر غير المستحق .

ان وجوب أصل النظر في مآل العذر الطارئ ، وهو " الضرر " الواقع أو المتوقع ، كان ملحظا قويا لأئمة المذهب الحنفي بوجه خاص ، فيما يتعلق باثبات حق الفسخ بالعذر في عقد الاجارة ، ذلك لأن " العذر الطارئ " يؤدي الى الضرر " مآلا فيما لومضى المدين الذي كان العذر في جانبه ، على موجب (١) العقد ، وتغذ ما التزم به في ظل هذا العذر ، وهو ما صرح به الامام السرخسي وغيره (٢) من أئمة الحنفية ، بقوله ، " وعندنا جواز هذا العقد أى عقد الاجارة — للحاجة ، ولزومه (٢) لتوفير المنفعة على المتعاقدين ، فاذا آل الأمر الى الضرر ، أخذنا فيما بقياس ، وقلنا : العقد — أى عقد الاجارة في حكم المضاف في حق السمعود عليه (٣) والاضافة في عقود التمليكات

(١) المبسوط : ج ١٦ ص ٢ وما يليها — تبيين الحقائق : ج ٥ ص ١٤٦

للزيلعي بدائع الصنائع : ج ٤ ص ١٩٧ وما يليها ، للكاساني .

— الموجب بفتح الجيم — الآثار او الالتزامات التي تترتب على

العقد والمضي على موجب العقد يعني تنفيذ الالتزام .

(٢) حاجة الناس الى عقد الاجارة اقتضت أمرين : اجازة هذا العقد

استحسانا واستثناء من القياس العام ، وهو عدم الجواز ، لانعدام

محل العقد وهو المنافع عند إبرامه ثم جعله لازما ، لا يسع

أحد طرفيه الاستبداد بفسخه دون رضى الطرف الآخر وحتى يتم

تمكين طرفيه من الانتفاع بشرايته ، ودفع الحاجة العامة الماسة من

طريقه .

تمنع اللزوم في الحال ، كالوصية (١) .

فأنت ترى ، أن أئمة الحنفية قد اضطروا تحت تأثير أصل وجوب اعتبار "المال" الى تكييف عقد الاجارة ، حالة طرؤ العذر ، بأنه في حكم العقد المضاف بالنسبة للمعقود عليه ، وهو المنافع تكييفاً مردّه الى أن "المنافع" — وهي محل العقد — ليست بطبيعتها موجودة عند إبرام العقد ، بل ستوجد مستقبلاً عند استيفائها — ان هي في اجتهادهم — اعراض تحدث شيئاً فشيئاً عند الاستيفاء ، فكان عقد الاجارة عقداً مضافاً حكمه وأثره الى المستقبل ، بالنسبة للمنافع ، لا أنه عقد مضاف — حقيقية ، فأشبه الوصية من الوجه ، فكان الاصل فيه عدم اللزوم ، ولكنه اعتبر لازماً للحاجة استحساناً والاصل ، أن الاضافة في عقود التمليك التي تقبل بطبيعتها الاضافة كعقد الاجارة والمساقاة والمزارعة ، تمنع صفة اللزوم في الحال ، بسبب الاضافة هذه ، فيثبت فيها حق الفسخ كالوصية حال حياة الموصي ففعلنا للضرر ، ولكنها مستثناة من هذا الاصل العام واعتبرت لازمة ، للحاجة ، كما أشرنا .

وهذا الاساس الفقهي عند الحنفية الخاص بمسألة اثبات حق فسخ الاجارة بالعذر ، ألجأ الحنفية الى اعتماده مستنداً خاصاً لهذا الحق ، وجوب العمل بمقتضى أصل النظر في المال ، واعتباره في تطبيقات الفروع .

(٢) أي بمثابة العقد المضاف اثره الى المستقبل بالنسبة للمعقود عليه لا أنه عقد مضاف حقيقة ، ومعلوم أن من عقود التمليك وهو ما ينعقد علة لحكمه بجعل الله تعالى ويصح مع الإضافة كعقد الاجارة .

(١) المراجع السابقة .

أساس فقهي آخر يسوغ به الحنفية حق نسخ الاجارة بالعذر هو قياس
العذر الطارئ على العيب في المعقود عليه قبل القبض :

وثمة أساس فقهي آخر (١) يستند اليه ثبوت حق الفسخ بالعذر ، في
اجتهاد الحنفية ، ذلك هو قياس العذر الطارئ على العيب في المعقود
عليه قبل القبض ، بجامع أن كلا منهما يوجب ضررا زائدا لم يستحق بالعقد
اذا مضى المدين الذي قام العذر في جانبه على موجب العقد ، أي قام
بتنفيذ التزامه ، وهذا هو المناط العام ، أو الضابط الفقهي للعذر في
اجتهاد الحنفية ، ويرويه متحققا في العيب في المعقود عليه (٢) .

(١) أما الأساس الاول فهو أن عقد الاجارة في حكم العقد المضاف كعقد
الوصية وهو عقد تملك مضاف الى ما بعد الموت ، لكنه غير لازم في
حياة الموصي ، وإنما يلزم في حقه بعد وفاته مصرا عليها ، بشرط
قبول الموصى له صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي ، اذ لا عبرة —
بقبوله في حياة الموصي ، لما قد مناهم أنه عقد غير لازم مادام حيا ،
وللموصي له أن يقبلها او يردّها بعد وفاة الموصي ، لانها غير لازمة
في حقه ايضا اذ لا يدخل شيء في ملك شخص دون ارادته الا من
قبل الشارع كالارث ، دفعا لضرر تحمل المنة ، هذا والوصية لا تكون
الا مضافة ولا تقبل التنجيز . — المراجع السابقة .

(٢) غير أنه يؤخذ على الحنفية ، أن العذر أوسع شمولاً من العيب —
اللاحق بالمعقود عليه لأنهم يعتبرون الأعذار الشخصية التي لا علاقة
لها بالمعقود عليه ، فيثبتون حق الفسخ بقتضاها ، ولو كان المعقود
عليه قائما سليما . الا أن يقال : أن العلة الجامعة هي : مطلق
الضرر الزائد الذي لم يستحق بالعقد ، أي كان منشؤه من العذر

والعيب قبل القبض ، يوجب حق الفسخ للمضروب ، فكذلك العذر .
وبما أن ذلك ، أن العيب يوجب نقضا في المعقود عليه ، مما يترتب عليه
تفاوت الثمن أو الاجرة ، بين حالتي المعقود عليه سليما أو معيبا ، وهو
ضرر لم يستحق بالعقد لأن الأصل " سلامة المعقود عليه " من العيوب
بل هي ضمني في كل عقد معاوضة ، كما علمت . تحقيقا للرضا الكامل -
بتحقيق التوازن ما أمكن . فكان ثبوت حق الفسخ شرعا ، دفعا لهذا
الضرر الزائد غير المستحق بالعقد ، واستعمال المدين لحقه في الفسخ
يكون كما يقول أئمة الحنفية - امتناعا عن تحمل هذا الضرر .
الضرر في حد ذاته الذي آل إليه العذر ، أثرا له ، هو أساس الحكم

- بثبوت حق الفسخ إلا العيب في ذاته :

هذا ، ويؤكد أئمة الحنفية ، أن الضرر الزائد عن المستحق بالعقد
الذي آل إليه العذر ، أثرا له هو علة الحكم بثبوت حق الفسخ أو مستند
وليس مجرد العيب ، حيث قالوا : " ثم الفسخ بسبب العيب ، لدفع الضرر
لا لعين العيب ، فإذا تحقق الضرر في إيفاء العقد يكون " عذرا " في
الفسخ ، وإن لم يتحقق العيب في المعقود عليه " .
وهذا تأكيد لوحدة العلة بين العذر والعيب ، في المعقود عليه ، وهو
الضرر الزائد (١) أو أن شئت فقل وحدة " المأل " بينهما ، كما صرح

الشخصي بالموَجَر أو المستأجر ، أو بالمعقود عليه ، وهذا النظر ليس
يوافقهم للاحق عليه سائر المذاهب الأخرى ، كما سنرى على أن الأعداء
الشخصية التي توجب حق الفسخ ليست مطلقة بل هي أضرار شخصية
مخصوصة كما سيأتي بيانها .

(١) المبسوط : ج ١٦ ص ٢ وما يليها .

بذلك الامام السرخسي .

أو بعبارة أدق أن مستند ذلك هو أدلة عدم مشروعية الضرر ، أو وجوب ازالته أن وقع أو دفعه قبل القسوع ، تلك الأدلة التي نشأت عن مآل الظروف المستجدة ، وعارضت حكم الأصل ، أو القياس العام ، وهو وجوب الوفاء بالعقد ، أو عارضت أصل اللزوم الثابت بقوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " وقوله سبحانه : وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ، ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها .

الواقع ان الحنفية لم يخرموا قاعدة وجوب الوفاء بالعقد ، ولا القياس العام في عقد المعاوضة ، وهو اللزوم ، بإثبات حق فسخ عقد الاجارة بالعدر بل اثبتوه على أساس القياس .

وعند التحقق يبدو لنا أن الحنفية اذ قالوا أن العذر اذا طرأ وعجزا المدين عن المضي في موجب العقد الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد ، لم يخرموا القاعدة العامة من وجوب الوفاء بالعقد ، والقياس العام من كونه لازماً ذلك ، لأنهم أوجبوا على المتعاقد أن يتحمل الأضرار الناشئة عن موجب العقد نفسه ، باعتبار أنه تم التعاقد أو التراضي على ذلك ، أما الضرر الزائد الذي لم يكن منشؤه موجب العقد ذاته ، كان مآلاً ونتيجة للعذر الطارئ الخارج عن نطاق العقد ، فذلك امر لم يلتزم بالعقد أصلاً ، بل لم يتم التراضي على أساس تحمله ، ولذا :
" إ أن أثر العذر ضرر زائد لم يستحق بالعقد .
وما يؤكد هذا ، وانه خارج عن نطاق التعاقد ، أنهم لم يقصروا أثر العذر على الضرر الاقتصادي ، بل جعلوه شاملاً للضرر البدني ، وللضرر

الذي يس الاعتبار الانساني ، فضلا عن الاعذار الشرعية الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام محرما شرعا (١) .
واذا ثبت ان الضرر كان مآلا لظرف طارئ على ابرام العقد ، فلا يكون المدين اذن ملزما به أصلا ، حتى يقال ان عدم الزامه بالوفاء استثناء من الأصل العام ، وهو وجوب الوفاء بالمعقود .
وهذا يفهم صراحة من أمرين :

أولا : من تحديدهم لضابط العذر ، من أنه : العجز عن المضي على موجب العقد الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد ، ناسي
عن الظرف الطارئ ، ويفترض أنه ملازم لتنفيذ الالتزام لا ينفك عنه فيتمين الفسخ طريقا لدفع الضرر ، اذ لو أمكن تنفيذ الالتزام دون هذه النتيجة الحتمية من الضرر ، لما ثبت حق الفسخ ،
لا يمكن انفكاك هذا الضرر الزائد عن تنفيذ الالتزام ، وذلك بدفع العذر أو التحرز منه - (٢) .

ثانيا : تعلل الامام السرخسي لثبوت حق الفسخ ، حيث ترك الاستحسان وعاد الى القياس العام ، والعمل به ، وعمل ذلك بأنه آل الأمر الى الضرر الزائد .

فتبين لنا ، أن الحنفية لم يخرموا قاعدة اللزوم العامة في عقود المعاوضة ، بل عملوا بالأصل العام عندهم في عقد الاجارة خاصة من أنه في " حكم العقد المضاف " بالنظر للطبيعة الخاصة للمنافع

(١) سيأتي تفصيل ذلك في التطبيقات .

(٢) وهذا في الأم الاغلب ، والا فان بعض تطبيقات الاعذار الشخصية عند الحنفية ، مما يمكن دفعها أو التحرز منها ، فضلا عن أنها من الممكن توقعها .

في اجتهادهم كما بينا ، أو لأن المتعاقد المضرور لم يكن ملزماً أصلاً بالضرر الزائد الذي لم يستحق بالعقد .

وانما الاستثناء أن لو كان المتعاقد المضرور ملزماً بالضرر الزائد ، ثم اعفى منه ، غير أن الاستثناء من أصل اللزوم في عقود المعاوضة عامة انما وقع في تطبيقات وضع الجوائح في الزرع والثمار في اجتهاد المالكية على ماسياتي بيانه .

ويمكن تعليل اجتهادات الحنفية والمالكية في اثبات حق الفسخ في عقد الاجارة ، وعقد البيع في الثمار والزرع بعد بدو صلاحها ، اذا أصيبت بجائحة ، فضلاً عن الادلة التفصيلية وأساس الفقهية الخاصة ، بأساس فقهي عام مواده .

ان المقرر شرعاً ، ان " العقود " سواء منها ما شرع قياساً أو استحساناً بل المعاملات بوجه عام ، لم تشرع أساساً ، الا للحاجة الباسة اليها في التعامل ، وتبادل المنافع ، والتيسير على الناس في طرق كسبهم ووسائل معاشهم ، مما يرفع الضيق ، والعنت ، والحرج (١) ، والضرر عنهم ولم تشرع قطعاً لتلك المآلات والنتائج الضرورية التي تصبح العقود أو تنفيذها في ظرف من الظروف ، ذريعة مفضية اليها ففهم هذا من تعليلهم ، حيث قالوا : ان حق الفسخ للعيب ، لالذات العيب ، بل للضرر والكالعذر لا يفسخ به عقد الاجارة لذات العذر بل لمآله ، وهو الضرر غير المستحق في حد ذاته ، أي كان منشؤه .

(١) سيأتي أن المعاملات عامة ، بما فيها العقود انما شرعت لتحقيق المقاصد الحاجية وهي المرتبة الثانية من مراتب مقاصد الشريعة .

ولو افترض بقاء العقد قائما ولازما لطرفيه على الرغم من تলা النتائج —
الضرورية الحتمية لمعاداة العقود ابراما وتنفيذا ، على أصل تشريعها
بالنقض ، كما يقول الأصوليون .

ومعلوم ، أن الاصل في التكاليف والمضروعات أن تكون نتائج تنفيذها
وتطبيقها عليها ، مطابقة لما رسم الشارع لها من مآل نظريا ، حتى تتم
المطابقة والمساواة ، بين التطبيق والتدريج ، لأن هذا هو مراد الشارع
قطعا ، والا كانت المناقضة بين التطبيق والشرع ، والمناقضة باطلة ،
بالاجماع ، فلا يتسبب في المصير اليها ، وعليه فلا ينفذ العقد اذا غلب
على الظن أنه مفض الى هذه المناقضة ، بل هي مناقضة للمقاصد الحاجية
العامة التي ما شرعت العقود والمعاملات بوجه عام الا لتحقيقها .
الغاية العامة للعقد بل للمعاملات بوجه عام تنصل بالمقاصد

الحاجية في معظمها :

الغاية العامة للعقد بل للمعاملات بوجه عام هي تحقيق المقاصد
الحاجية ، غالبا (١) ، كما ذكرنا ، وهي المصالح التي لا بد منها —
لتيسير الحياة دون مشقة غير معتادة ، مما يتعلق بالاقتصاد ، والاجتماع
وغير ذلك من وجوه المصالح التي ترفع الضيق والحرج عن الناس بتحقيقها ،
وهي دون الضروريات ، وأهمها عقود البيع والاجارة بجميع صورها .
على أن بعض المعاملات قد شرع لتحقيق " المصالح الضرورية " وهذه
أحكامها مستثناة من قواعد الشرع ، كما علمت ، من مثل شراء المضطر

(١) راجع بحث " مقاصد التشريع " بمراتبها الثلاث ، والضرورية
والحاجية والتحسينية كتاب الموافقات — الجزء الثاني — للامام
الشاطبي .

طعام غيره جبرا عنه لسد الرق بثمان المثل ، انقاذا لحياته ،

اذا لم يلحق المالك ضرر مثله .

وبذلك ثبت أن العقد ذو مفهوم اجتماعي وانساني مما يجعله :

وسيلة أمن وعمل ، وغايته العامة تيسير سبل الحياة على أيسر وجهه

اقتصاديا واجتماعيا بما يرفع العسر والحرج والضيق والعنت .

أما كونه وسيلة " أمن " فلأنه مقيد بمنع " الضرر " عن الغير من الفرد

أو المجتمع ، ورعاية حق المجتمع من حقوق الله تعالى اطلق عليها الامام

الشاطبي " جهة التعاون " كما علمت ، وقيد بها الحقوق عموما ، بل

والحريات العامة (١) أيضا ، وأقيد بها سلطان الارادة الانسانية

في التصرف ، ان شئت .

وأما انه " وسيلة عمل " فلأنه أهم اداة للتعامل ، وتبادل المنافع

بين الناس ولولاه لتوقف النشاط الاقتصادي والاجتماعي ، ولأصابعهما

خلل كبير لا يستقيم معه أمر الحياة الا بعسر وشقة بالغير ، وليس هذا

من أسس التشريع الاسلامي قطعا .

وأما غايته بوجه عام ، فلتحقيق المقاصد الحاجية غالبا ، كما ذكرنا .

مقارنة فلسفة الحنفية في أصول حق الفسخ بما يناظر ذلك في

فقه الشافعية :

هذا ولا بد من تفصيل القول في مقارنة فلسفة الحنفية في أصول

حق الفسخ في عقد الاجارة خاصة من واقع نصوص مذهبهم بما استقر

عليه هذا الحق في المذهب الشافعي .

بوجه خاص (١) ، كما ورد في مصادرهم ، الأمر الذي ينعكس أثره على مفهوم العقد بوجه عام ، فيحدد طبيعته وأثره وغايته العامة ، لأن التطبيقات الجزئية تتضمن مناط الأصل العام ، وغايته .
وانما أثرنا أن يحدد مفهوم العقد بأمثلة وتطبيقات تتصل بموضوع بحثنا في معظمها ، فضلا عن التطبيقات الأخرى ، حتى يكون هذا التمهيد ساعدا على تفهم النظرية نفسها في بحوثها المقبلة .
فلسفة ابتناء الحنفية ثبوت " حق الفسخ " في عقد الاجارة حالة

العذر (٢) على اساسين فقهيين خاصيين ، فضلا عن اصول العامة :

- أحدهما : كون عقد الاجارة في حكم العقد المضاف ، كما علمت .
- ثانيهما : كون " العذر " بمثابة " العيب " في المعقود عليه قبل القبض بجامع " العجز عن المضي في موجب (٣) العقد .

(١) اذ المذهب الاخرى لاتخالف عن اصله كثيرا ، ولقائل أن يقول : ان الاختلاف الواقع بين المذهب الشافعي والحنفي من حيث أصل حق الفسخ ، لا يعكس لنا مفهوما موحدا للعقد ، بوجه عام ، بل مفهوم العقد في فقه كل منهما ، والجواب على ذلك من وجهين :
١ - ان ثمة اصولا لحق الفسخ ، دفعا للضرر ، في فقه المالكية على اساس وضع الجوائح . كما أن هناك اصولا لتعديل التزامات العقد في الوفاء بالنقود التي طرأت ظروف فغيرت من قيمتها .
٢ - يجب الترجيح بعد المقارنة ، بما هو أقوى دليلا ، وهذا ، يعطي فكرة واضحة بعد الترجيح عن مفهوم العقد في الفقه الاسلامي والا لما كان للبحث والدراسة المقارنة أى جدوى .

(٢) الطرف الطارىء .

(٣) بفتح الجيم - الاثر الثابت بالعقد وهو الالتزام ، والمضي في موجب العقد أى تنفيذ الالتزام .

الا بضرر زائد لم يستحق بالعقد (١) ، وهذا هو ضابط "العذر"
ومناطه عند الحنفية ، وهو متحقق في "العيب" فصح قياس العذر على
العيب ، والحكم هو ثبوت حق الفسخ للمدين المضرور ، في كل منهما ،
لوحد القلة في اجتهادهم .

وفي هذا رد على الشافعية الذين لا يقولون بحق الفسخ الا بالعذر الذي
يلحق المعقود عليه .

فالاساس الاول ، يمنع اللزوم في الحال في عقود التملك اذا كانت مما
تصح مع الاضافة ، كمعقد الاجارة والمساقاة والمزارعة ، للاضافة (٢) ،
فيثبت حق الفسخ ضرورة دفعا للضرر ، وهذا هو القياس العام (٣) .

(١) مفاد هذا : ان الضرر الزائد الذي يعجز المدين عن تنفيذه
التزامه الابتحملة ، هو ضرر ليس منشؤه الالتزام نفسه ، والا لوجب
تحمله ، لانه من موجبات (يفتح الجيم العقد) وآثاره ، وهو داخل
في نطاقه ، والمدين قد دخل في العقد ، وتم التراضي (بالايجاب
والقبول) على أساس تحمل كل ما ينشأ عن التزامات العقد ، ولكن
الضرر الزائد هنا ، وهو غير متوقع غالبا ، ناشيء عن العذر الطارئ
بعد ابرام العقد والمدين لم يلتزم أصلا بما ينشأ عنه من ضرر
لأنه ليس من التزامات العقد ، اذ هو حادث بعد ابرامه ، فكان
هذا الضرر خارجا عن نطاق العقد ، وغير متوقع غالبا .

(٢) يقول الامام السرخسي في هذا المعنى ، والاضافة في عقود التملكات
تمنع للزوم في الحال كالوصية . المبسوط : ج ١ ص ٢٦٠ — تبين الحقائق
جص للزيلعي .

(٣) ويقول الامام السرخسي : " فاذا آل الامر فيه الى الضرر ، اخذنا فيه
بالقياس وقلنا العقد في حكم المضاف في حق المعقود عليه ، وقلنا

الاضافة تمنع صفة اللزوم في الحال في عقود التمليكات اى التي تصبح
مع الاضافة — المرجع السابق •

وهو كونه في حكم العقد المضاف الذى يمنع صفة اللزوم في الحال •
والاساس الثاني — يثبت حق الفسخ ضرورة • اذ الاصل " سلامة المعقود
عليه " بل هو شرط ضمنى ثابت شرعا • في كافة عقود المعاوضة (١) وان
لم يشترط في العقد ضراحة • كما ذكرنا •
وأقول : ابتناء الحنفية ثبوت حق الفسخ في عقد الاجارة حالة العذر
الطارىء بعد إبرام العقد • على هذين الاساسين للقهييين الخاصين •
فضلا عن الأصول التشريعية والفقهية العامة (٢) • وباني العدل (٣)
وموجهاته (٤) • كان الدافع اليه (٥) • (الى هذا الابتناء) • هو

- (١) الهدائع : ج ص للكاساني •
- (٢) من مثل قوله تعالى " لا تأكلوا مِمَّا بَيْنَكُمْ بِالْأَيْدِي " وقوله سبحانه :
" يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر " •
- (٣) من مثل القواعد الفقهية : " الضرر يزال " و " يصار الى أخف الضررين "
وغيرهما من القواعد المتفرعة عن القاعدة العامة التشريعية التي
ارساها الرسول — صلى الله عليه وسلم — " لا ضرر ولا ضرار " وهي
حاکمة على القواعد كلها • ومقيدة لها •
- (٤) ان الله يأمر بالعدل والاحسان — والاحسان مأثور به لأنه يخفف
من نتائج الجرى على موجب القواعد العامة اذا افضت اليها من
الظروف المتغايرة • اذ للظروف تأثير في هذه النتائج • فكان
الاحسان • وهو التجاوز من العدل الى الفضل • — راجع كتابنا
" الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده " ص للمؤلف •
- (٥) اى الدافع هذا الابتناء •

" أصل وجوب اعتبار " المآل " في حد ذاته ، وهو هنا الضرر الواقع أو المتوقع ، سواء أكان ناشئا عن " العيب " أو " العذر " ، ما دام غير مستحق بالعقد والضرر الواقع يجب ازالته شرعا اذا كان غير مستحق (الضرر يزال) و (لا ضرر ولا ضرار في الاسلام) .

والضرر المتوقع يجب دفعه قبل الوقوع ، لأن الدفع أسهل من الرفع ، علا بالقاعدة الفقهية المعروفة " يدفع الضرر بقدر الامكان " أى قبل الوقوع . وانما قلنا ، ان الدافع لأئمة الحنفية الى تلئس هذين الأساسين الفقهيين الخاصين ، ليبتنى عليهما ثبوت حق الفسخ ، بالاعذار الطارئة ، هو الأصل العام من وجوب النظر في المآل — في حد ذاته — الذى ينبغى أن يكيف على أساسه التصرف أو الفعل ، من جديد ، بقطع النظر عن حكمه الأصلي ولو اقتضى ذلك استثناء من مقتضى قاعدته العامة ، لانا استخلصنا هذا الدافع الى العمل بأصل المآل ، من توجيه أئمة الحنفية أنفسهم ، — للاستدلال بهذين الأساسين ، فكان ذلك اعترافا منهم بهذا الأصل العام (١) في الاجتهاد التشريعي في الفروع ، ايان التطبيق ، وثارة يسمونه " مآلا " وطورا يسمونه " استحسانا " ومن تحكيمهم له فسي استنباط الأحكام ايضا وفقا للظروف المتغيرة ذات الأثر في نتائج هذا التطبيق ، كما رأيت .

(١) أصله الامام الشاطبي اذ يقول : " أصل النظر في مآلات الافعال معتبر مقصود شرعا " وهو الأصل الذى تفرع عنه مبدأ الاستحسان . ومبدأ الذرائع ، ومبدأ مراعاة الخلاف .
— المواقفات : ج ٤ ص ١٩٨ .

يرشدك الى هذا ، أن الامام السرخسي نفسه ، في معرض ردّه على الشافعية الذين لا يفسخون عقد الاجارة الا بالعيب في المعقود عليه لأن عقد الاجارة في اعتبارهم ، هو عقد بيع ، والمنافع في اجتهادهم أيضا في " حكم الاعيان " الموجودة ومعلوم أن عقد البيع اذا تم كان لازما فلا يفسخ الا بالعيب (١) دون الاعذار الاخرى فيما عدا الاعذار الشرعية (٢) ، أجاب (الامام السرخسي على ذلك) موهنا حجة الشافعية هذه بقوله ، بأنه ينفي ألا يعتبر العيب في حد ذاته ، بل " مآله " ونتيجة وهو " الضرر " ولا شك أن " الضرر " مآل العذر أيضا ، فكان هو المعنى الجامع بينهما (٣) ، وإذا اتحدت العلة ، وجب أن يتحد الحكم فيهما ، وهو الفسخ ، لأن العلة مناطه ، تأكيداً لمنطق التشريع المتسق ، وتحقيقاً للعدل " الذي يمثل الارادة الحقيقية للشرع ، والا كانت المناقضة ، ومناقضة المشرع باطلة .

-
- (١) فضلا عن امكان فسخه شرعا بإقتترانه بخيار الشرط ، أو بمقتضى حق الخيارات الثابت شرعا ، كخيار الروية ، وخيار الاكراه ، وسائر الخيارات التي تتعلق بعيوب الرضا .
 - (٢) الاعذار الشرعية ، تجعل استيفاء منفعة محل عقد الاجارة ، أى المنافع ، متعذرا ، وهذا متفق عليه بين المذاهب ، وذلك ، كمن استأجر امرأة لتنظيف المسجد خلال فترة معينة فحاضت أثناء هذه المدة ، فينفسخ العقد بحكم الشرع ، لتعذر استيفاء المنفعة لأنها محرمة ، وفي هذا الظرف ، وهو عذر شرعي بحق شخصي ، إذ لا يجوز للعائض أن تدخل المسجد ، فالمانع من الاستيفاء شرعي .
 - (٣) راجع البسوط : والبدائع ، وتبيين الحقائق - في فسخ الاجارة بالمعذ

هذا الرد ، وتوجيه الاستدلال ، يؤكد اعتبار " أصل المآل " عند
أئمة الحنفية ، وتكييف الفعل بالمشروعية وعدمها على أساسه ، كما
رأيت ، واليك نص الامام السرخسي ، وتابعه في ذلك كبار أئمة الحنفية
اذ يقول : " فالشافعي - رحمه الله - يقول : " عقد الاجارة اذا -
اطلقت ، فهي لازمة ، كالبيع ، الا أن عندنا قد يفسخ الاجارة بالعدر
وعنده لا يفسخ الا بالمعيب وهو بنا " على أصله ، أن " المنافع كالايمان
الموجودة " حكما ، فان العقد عليها كالعقد على العين ، فكما لا يفسخ
البيع الا بمعيب ، فكذلك الاجارة " .

هذا هو الاصل الذي بني عليه الامام الشافعي اجتهاده في حكم فسخ
عقد الاجارة بالاعدار .

ومنشأ الخلاف كما ترى : هل المنافع كالايمان حكما ، فيكون العقد عليها
لازما كعقد البيع ، ولا تفسخ الا بما يفسخ به عقد البيع ، أو أن المنافع

-
- (١) يفهم من هذا ، كما هو واضح ، ان جواز عقد الاجارة ولزومه انما
كان لأمرين : أحدهما : دفع الحاجة العامة العاسة استثناء من
الأصل العام ، وهو عدم الجواز ، لانعدام المعقود عليه (محل
العقد) عند إبرام العقد ، وبمع عدمه - وهو المنافع - باطل
فأجيزه استحسانا للحاجة . وثانيهما - توفير المنفعة للمتعاقدين
وذلك لا يتم الا اذا كان لازما ، اذ لو اعتبرناه غير لازم لاستقل كل
من طرفيه بفسخه ونفا لمشيئته وفي كل وقت ، ودون رضا الآخر
فكان كل من طرفيه مهددا بفسخه في كل لحظة ، وبذلك لا يتوفر
للمتعاقدين الانتفاع بالعقد ، فلا المستاجر يمكنه ان يستوفي المنفعة
المقصودة ، ولا المؤجر يمكنه ان ينتفع بالبدل ، اذا حصل الفسخ نتيجة
لعدم اللزم .

ليست كالأعيان حكما بل هي أعراض زائلة معدومة تتجدد شيئا فشيئا
عند الاستيفاء * .

وأما نص الرد عليه من قبل الامام السرخسي فكما يلي : " وعندنا —
أى الحنفية — جواز هذا العقد — عقد الاجارة — للحاجة ، ولزومه ،
لتوفير المنفعة على المتعاقدين ، فاذا آل الامر الى الضرر ، أخذنا
فيه بالقياس (١) وهو عدم اللزوم ، على اعتبار أن عقد الاجارة فسي
حكم العقد المضاف (٢) .

والواقع — كما ترى — أن اجتهاد الأئمة على موجب القياس ، والاستثناء
منه والعمل بموجب الاستحسان ، يدور — في الحالين — كما رأيت
مع مقتضى العدل ، ودفع الضرر غير المستحق .

(١) ويقصد به القياس العام وهو " عدم اللزوم " اذ عقد الاجارة فسي
حكم العقد المضاف والاضافة في عقد التملك الذي يصح مع الاضافة
كالاجارة والساقاة ، يمنع اللزوم في الحال كالوصية — أما
الوصية فانها لا تكون الاضافة بطبيعتها لا تقبل التجيز .

— البسوط : للسرخسي — ج ١٦ ص ٢
— اذ " المأل " هو الذي غير حكم العقد من اللزوم الى
عدمه ، أو من الاستحسان الى القياس .

(٢) العقد المضاف هو العقد الذي يصدر به صيغة يضاف فيها
الاجاب الى زمن مستقبل سواء أكانت الصيغة مطلقة او مقترنة
بشرط ، كقوله " اجرتك هذه الأرض ، مدة خمس سنوات ابتداء
من أول السنة القادمة ، وقبل الطرف الآخر .

فإذا كان العمل بموجب القياس العام يؤول في ظرف معين السى
تحقيق العدل ، والمصلحة المعتبرة ، ودفع الضرر غير المستحق ،
وجب المصير الى هذا المآل ، تحقيقا لذلك كله .

أما إذا كان العمل بهذا الموجب في ظرف من الظروف يؤول الى
مآل منوع ، من الضرر الزائد غير المستحق (١) وجب حينئذ اخراج
السألة من القياس العام ، وتطبيق قاعدة اخرى تدفع هذا المآل المنوع
وتحقيق العدل ، وهذا هو الاستحسان ، أو المناط الخالص ، كما
علمت .

فالعدل اذن هو قطب الرحى في التشريع الاسلامي ، قياسا أو
استحسانا ، حسب الظروف والاحوال ، وذلك كانت معايير من الدقة
والاحكام بحيث تقدره على تحقيق مقتضى العدل ، والمصلحة ، ورفع
الحرج ، والضرر في الظروف المتغيرة ، وفي كل واقعة تعرض .

= / وحكم هذا العقد أنه ينقذ علة لحكمه ، ولكن يتأخر سرسان
آثاره الى الزمن المستقبل المحدد ، فلا يملك المستأجر منفعة الارض
الا بدءا من الزمن الذي أضيف اليه العقد .

— وقد الوحية لا يكون الا مضافا بطبيعته ، وكذلك عقد الايضا ،
لأن طبيعتهما تقتضي الاضافة ، ولا تحتل التجيز ، وقد الاجارة يقبل
التجيز كما يقبل الاضافة ، وصح معها ، لأن محلها المنافع ، وهي
توجد شيئا فشيئا ، فكانت الاضافة متفقة مع طبيعتهما .

(١) ويقول الامام السرخسي تطبيقا على خصوص سألتنا : " لأنه
لا ضرر عليه في ايفاء العقد الا قدر ما التزمه " .

ثم يبين الامام السرخسي ، أنه كان من مقتضيات النفاذ العقلي في الاجتهاد التشريعي أن نستبطن مقاصد التشريع ، أو المعنسي التشريعي الذي أدار عليه المشرع الحكم .

فإذا كان الامام الشافعي — رحمه الله — يرى أن عقد الاجارة كالبيع لا يفسخ الا بالعيب فالعلة — لو أمعنا النظر — ليست هي ذات العيب بل العلة هي " الضرر " لأن " العيب في المعقود عليه " ينقص المنفعة ، أو يزيلها ، إذا أصاب بعضا من المنفعة عليه ، أو أتى عليه جملة ، وكذا يتفاوت الثمن أو الاجرة بالعيب ، أو يسقطان قبل القبض تبعا لنقص المنفعة أو قوتها وهذا لعلة الضرر .

وإذا كانت " العلة " هي " الضرر " غير مستحق في حد ذاته ، فهو متحقق في العذر والعيب على السواء ، مآلا لهما ، كما ذكرنا ، فوجب الاعتداد بالمآل ، وهو هنا " الضرر " لاذات العيب ، وإذا كان الضرر الزائد غير المستحق " معنى ينتظم العيب والعذر معا ، وجب اتحاد الحكم فيهما ، كما قدمنا ، لوحدة العلة ، والحكم هو وجوب دفع الضرر وذلك لا يتأتى الا بالفسخ اذا تعين وسيلة اليه ، فثبت حق الفسخ بناء على ذلك في الحالين : العيب والاعذار ، والتفرقة بينهما تحكم لا ينهض بها دليل شرعي معتبر ، بل في التفرقة بينهما انخراط أصل العدل الذي يقضي بعدم مشروعية الحكم الضرري بغير حق ، وهذا هو مؤدى نص الامام السرخسي : " ثم الفسخ بسبب العيب ، لدفع الضرر ، لالعين العيب ، فإذا تحقق الضرر (١) في اي فاقا العقد (٢)

(١) وهو المآل الواقع أو المتوقع .
(٢) أي في المضي على موجب العقد وتنفيذ التزاماته رغم طرؤ العذر أو الظرف .

(١)

يكون ذلك عذرا في الفسخ ، وان لم يتحقق العيب في المعقود عليه

وأساس ذلك أن الضرر الزائد غير مستحق على المتعاقد شرعا ، ولا ينهني

أن يتحمل في ايفاء العقد ، الا قدر ما التزمه عند العقد (٢) ،

" وبذلك ثبت الفسخ بالاعذار الشخصية اللاحقة بالاستأجر والموَجَّر

اذا تسبب عنها ضرر زائد غير " مستحق " بالعقد ، فضلا عن العيب

اللاحق بالمعقود عليه لوحدة المال على ما سيأتي تفصيله .

ويستخلص من هذا ، ان الشارع الحكيم ، لا يحمل الملتزم فوق ما التزم

فعلا عند العقد .

ويلزم عن هذا عقلا ، انه يشترط أن تكون الظروف وقت إبرام العقد ،

قائمة عند تنفيذه ، اذا كان لتغيرها أثر في مال تنفيذ العقد ضررا زائدا

وهو شرط ضمني فهم لزوما عقليا ، من تحليل الأئمة السابق ، وان لم

يصرحوا به ، كما اسلفنا .

فحق الامتناع عن المضي في موجب العقد ، أى الامتناع عن تنفيذ —

الالتزام من جانب المتعاقد المدين به يقتضى حق الفسخ الثابت له

شرعا ، لم تكن علته ذات الالتزام ولا الضرر النامي عنه ، لأن ذلك —

واجب الوفاء به شرعا ، عملا بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اوفوا بالعقود

" ولأن العقد عهد ، والله تعالى يقول : " ووفوا بعهد الله اذا

عاهدتم ، ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا "

(١) المبسوط : ج ١٦ ص ٢ — ٣ .

(٢)

(٣) اذ يقول الامام السرخسي : " لانه لا ضرر عليه في ايفاء العقد ، الا

قدر ما التزمه عند العقد " أى لا بعد إبرامه بسبب عذر يطرأ .

المبسوط : ج ١٦ ص ٣ للسرخسي .

أقول ان حق الامتناع عن تنفيذ الالتزام حالة العذر الجارى بالفسخ
لا لذات الالتزام ، لما بينا ، بل لوصف ملازم للالتزام لا ينفك ، وهو الضرر
الناسي من العذر أو الظرف الجارى الملاصق . وهذا الضرر غير مستحق
اذ المتعاقد ليس ملزما عمرا الا بالتزامات العقد التي نشأت عند إبرامه
لا بعده ، لأنها خارجة عن نطاقه ، كما أسلفنا ، ثبت ما قلنا ، من
أن حق الفسخ لم يكن استثناء من أصل قاعدة اللزوم عند الحثية ، بل
هو القياس .

وأما " حق الفسخ " يثبت اذا تعين طريقا لدفع الضرر غير المستحق
لأن تحمله ظلم .

فأشراف المشرع على تنفيذ العقود ابان الظروف المتغيرة ، واضح نسي
تعليلات الأمانة وأسهم التقية ، وتطبيقاتهم ،

• مما لا يصح معه القول بأن العقود -

وآثارها في القه الاساسي تخضع لسلطان الارادة الانسانية المطلقة
بل اشرف المشرع عليها ابراما وتنفيذا ، لجعل لمضمون العقد مضمونا
اجتماعيا وانسانيا ، بما يحقق من التوازن ، والمعدل ، في المعايضات
ومصروحية الباعث وما هو وسيلة أمن وحمل وتعاون ، أما غاية العناية ،
نرفع الضيق والحرج ، وتمكين طرفيه من الانتفاع المتبادل في حدود الحق
والمعدل والصلحة المشروعة .

ونكتفي بهذا القدر من بحث النظرية ، لحدودية

الصفحات المقررة ، والله الهادي الى سواء السبيل .

نظرية المسئولية التقصيرية والعقوبة

فسي

الفقه الاسلامي

مقدمه :

لم يرد هذا الاصطلاح في الفقه الاسلامي وانما
ورد معناه تحت اسم آخر ه هو " الضمان " .

واذا كانت المسئولية تعني المؤاخذه ه فان الضمان - فسي
أحد معانيه - يعنيها كذلك عند الفقهاء ه ونورد فيما يلي المعاني
القضيه التي اطلق عليها الفقهاء لفظ الضمان في استعمالهم .

الضمان في اصطلاح الاصوليين والفقهاء (١)

يعنيها من تعريف الضمان في بحثنا هذا
تحديد نأحيته المدنية ه لا الجنائية ه وقد حددته الحنفية
بما يفيد هـ فل الذمة بأداء مثل ما أظف ه ان كان من المثلوبات

(١) الضمان في اللغة ه يعني الالتزام ه تقول ضمانت المال التزام
به ويتعدى الى مقولتين : تقول ضمانته النال أى الزمته
به - المصباح المنير .

هذا ه وللضمان معنى آخر ه وهو الكفالة - والضامن هو
الكفيل والملتزم والغارم - وبأني الضمان ايها بمعنى التأكيده
على خلو الشيء من العيب - وب - المعجم الوسيط -

أوقيته ، ان كان من القيميات ، وهذا المعنى كما يتحقق
في ضمان التصرفات الفعلية غير المشروعة ، فيما يتعلق بالاموال ،
يتحقق كذلك ، في ضمان العقود (١) .
غير أنه فيما يتعلق بضمان العقود ، كضمان ذمة البائع بمثل أو
قيمة المبيع الهالك في يد قبل تسليمه ، انما هو أثر لازم لحكم
العقد ، من وجوب التسليم ، عند أداء المشتري الثمن ، وليس
أثراً مباشراً للعقد ، وكذلك ضمان الوديع مثل أو قيمة العين المودعة
أثراً لحكم عقد الوديعة ، من التزامه بالمحافظة عليها ، اذا هلكت بتقصير
منه أو تعدد وعلى هذا ، كان الضمان في جانبه المدني لا الجنائي ،
عند الفقهاء على نوعين :

أ - ضمان الاتسلاف .

ب - ضمان العقود .

وقد عرف الضمان بعض الفقهاء القدامى ، بأنه " غرامة التالف (٢)
أو " رد مثل الهالك أو قيمته " كما عرفه بعض المحدثين ، بأنه "
التزام بتمويض مالي ، عن ضرر للغير ، وهنسي معان متقاربة ، تنسم
بالوضوح والابحار .

(١) (١) المجلة / ٤١٦ (٢) من العقود ما يكون الضمان أثراً مباشراً

له ، وهو الكفالة ، وهو اما التزام بعمل كما في احضار
شخص معين ، أو شغل الذمة بالدين أو بالمطالبة على خلاف
بين الفقهاء .

(٢) الضمان ص ٤ وما يليها - للشيخ على الخفيف .

غير أن بعض المحدثين قد عرف الضمان بأنه : " شغل
الذمة بما يجب أدائه من مال أو عمل ، عند تحقيق شرط أدائه ،
في الحال ، أو في المستقبل المعين " .
هذا في الواقع ، تعريف بالاعم ، لأنه يشمل " الدين " ولا علاقة
له بالتصرفات الفعلية التي تشكل اعتداءً على المال يثقله ، كما
يشمل عقد الاجير المشترك والخاص ، ومحل العمل ، وليس هذا من
قبيل ما نحن فيه ، من الاعتداء على الاموال بالاثلاف .
نعم اذا امتنع الاجير عن ادائه التزامه ، من القيام بالعمل محل
العقد ، وكذا اذا امتنع البائع عن تسليم البيع الى المشتري عند ادائه
الثمن ، يجبر قضاة على ذلك ، ويمززه الحاكم وينفذه عليه ان امكن
غير أن الشارع لا يلزمه بتعويض مالي عن تأخره او امتناعه ، فكان
هذا التعريف غير مانع (١) .

وأيضاً ، قد يكون الضمان بمعنى الكفالة بالمال أو النفس ، وفي
هذا النوع الاخير من الكفالة ، محل احضار شخص وهو عمل غير أن
الامتناع عن ذلك لا يستوجب التعويض المالي (٢) وان لحق الدائن

(١) الضمان — ص ١٤ — الشيخ علي الخفيف .

(٢) الضمان بمعنى الكفالة ، قد استعمله المالكية والشافعية

والحنابلة — راجع — المذهب ج ١ ص ٣٥٩ — مغني المحتاج

ج ٣ ص ٨٣ — الاشباه والنظائر — للسيوطي ص ٢٢٢

المغني — ج ٤ ص ٥٣٤ — ابن قدامه .

ضرر من جرائه ، وهذا ليس ما نحن بصدده البحث فيه

أيضا .

وهكذا ترى ، أن الالتزام بعمل ، سواء أكان حكما وأثرا للعقد كما في عقد البيع ، من مثل التزام البائع بتسليم البعير أم كان محلا للعقد كما في عقد الاجير المشترك أو الخاص ، فإن امتناع الملتزم عن الاداء لا يستوجب التعويض المالي عن التأخير ، ولو لحق الدائن ضرر بسبب ذلك وإنما يجبر قضاء على التنفيذ ان امكن ، كما أسلفنا .

الفصل الاول

أدلة مشروعية الضمان

تنهض بمشروعية الضمان ، أدلة من الكتاب والسنة .

أما الكتاب ، ففيما يتعلق ، بالاعارة والوديعة . وكل شيء أثمتن صاحبه غيره عليه أو ألزم به الشارع فمن مثل عموم قوله تعالى : * ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها * .

وجه الاستدلال : أن الله تعالى أوجب أداء الامانة بصرح الامر وهذا يستلزم شغل الذمة به والا كان توجه الخطاب بالطلب في غير مطلوب ، وهذا لا يتصور ، وشغل الذمة مما يتحقق به الضمان الذي يستوجب الاداء .

وعلى هذا ، فالضمان ينوبه ، ضمان الاتلاف ، وضمان العقد ، يشمل عموم الآفة الكريمة ، من حيث شغل الذمة به ، ووجوب أرائه

عند تحقيق شرطه .

هذا ، والآراء الكامل ، اما برد العين ان كانت قائمة ، كما
في رد المصوب ، وهو ما تقرره السنة ، أيضا ، في قوله — صلى
الله عليه وسلم — : " على اليد ما أخذت حتى تؤديه " . أو رد مثلها
الكامل صورة ومعنى ، ان هلكت أو تلفت وكانت من المثليات ، أو رد
قيمتها القائمة ، وهو المثل المعنوي ، ان كانت من القبيات ، أو
كانت من المثليات وانقطع مثلها ، تعويضا وجبرا للتالف .
ثانيا : قوله تعالى : " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل

ما أعتدى عليكم " .

وجه الاستدلال ، أن الآية الكريمة بعمومها ، تقرير مبدأ —
المماثلة في الجزاء عدلا والتعويض ضرب من الجزاء ، والمماثلة الكاملة
ما كانت صورة ومعنى ، لا يمكن ، والا فالمثلية معنى وهي القيمة
مجزئة . غير أن هذا الجبر أو الجزاء ، لا ينطوي على معنى العقوبة
الزاجرة ، وانما هو مجرد رد للبدل التالف على صاحبه ، لعصبة
ماله فيقوم مال محل المال التالف .

ثالثا : قوله تعالى : " وان عاقبتهم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به " .

وجه الاستدلال ، أن الآية صريحة الدلالة على وجوب تحقيق
مماثلة العقوبة للعمل الجرمي ، وهذا ، وان كان نصا في العقوبات
الزاجرة للعدوان على النفس ، غير أنه يستأنس به في الاستدلال على
مبدأ المماثلة في العدوان على الاموال كذلك من قبل أن " المماثلة " .
مبدأ عام يقرره العدل في الجزاء ، على العدوان باطلا في عقوبة

أو تعويضا وجبرا ، إلا ما استثنى بدليل ، كما في ضمان العقد
على ما سيأتي تفصيله (١) .

رابعاً : قال تعالى : " وجزاء سيئاته ، سيئته مثلها ، وهذا
تأكيد لتقرير مبدأ المثلية في الجزاء عدلاً .

ووجه الدلالة ، أن التعويض المالي ضرب من الجزاء ، لأنه من قبيل
إزالة الضرر المالي الذي أحدثه المعتدى ، وأمثل طريق لذلك ، هو
أحداث نقص في مال المعتدى يماثل الذي أحدثه في مال المعتدى
عليه ، ويرد على هذا الأخير جبراً وعوضاً ، وهذا ضرب من الجزاء ،
وسا يؤكد ذلك أنه جبر وتعويض وجب شرعاً في مقابل انتهاك عصمة المال
بالنسبة للمعتدى عليه ، وهو نفسه انتهاك لعصمة مال المعتدى ، جزاءً
وفاقاً ، وعلى هذا ، فإن عموم عصمة النفس أو المال مخصصة بما قدمنا
من الآيات الثلاث (٢) بالنسبة للمعتدى (٣) .

خامساً : ما روى عن أنس - رضي الله عنه - قال : أهدت بعض أزواج

(١) سيأتي أن ضمان العقد يتم التقدير فيه على أساس التواضي

بخلاف ضمان الائتلاف فإن منافع الجبر والتعويض ، وذلك
أساسه المعادلة أو المماثلة ، أو المساواة في المالية والقيمة ،
أن تمذرت المثلية صورة .

(٢) من قوله تعالى : " وإن عاقبتم ، فعاقبوا مثل عاقبتكم به " ويقول

تعالى : " فمن اعتدى عليكم ، فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم
وقوله تعالى : " وجزاء سيئة ، سيئة مثلها "

(٣) المرجع السابق ج ٥ ص ٢٩٨ .

النبي — صلى الله عليه وسلم — اليه طعاما في قصعة ، ففرضت عائشة القصعة بيدها ، فأتلفت ما فيها ، فقال رسول الله — صلى الله عليه وسلم — طعام بطعام ، وأنا باناء (١) .
وجه الدلالة ، أن الباء في الحديث للعوض ، فأوجب الرسول — صلى الله عليه وسلم — طعاما وأنا على المتلف ، مثل الطعام والانا الذي أتلفه ، عوضا وجبرا .
ومعلوم أن القيمي يضمن بقيمته ، والمثلي بمثله (٢) .
هذا وفي رواية لابن أبي حاتم بلفظ أن " من كسر شيئا ، فهو له ، وعليه مثله " (٣) وهذا عام .
خامسا : وما روى عن سمرة عن النبي — صلى الله عليه وسلم — قال " على اليد ما أخذت حتى تؤديه (٤) " وجه الدلالة ، أن البقتضي — بفتح الضاد — وهو المعنى اللازم^(٥) المقدر الذي يتوقف عليه فهم المراد من نص الحديث هو الضمان ،

-
- (١) نيل الاوطار ج ٥ ص ٣٢٤ .
 - (٢) المرجع السابق .
 - (٣) المرجع السابق — والحديث رواه الترمذى وصححه .
 - (٤) رواه الخمسة الا انسائي .
 - (٥) راجع بحث المقتضى " في كتابنا المناهج الاصولية ، وكتابنا أصول التشريع .

على الراجح (١) ، فيكون معنى الحديث : على اليد ضمان ما أخذت حتى تؤديه " ووجه كونه هو الراجح ، لأن الحديث يوجب رد عين ما أخذت اليد ، ان كانت قائمة ، لأنه الواجب الاصلي ، والا فالضمان لأن الضمان غرامة التالف ، كما بينا .

سادسا : وروى النعمان بن بشير عن النبي — صلى الله عليه وسلم — أنه قال : " من وقف دابة في سبيل من سبل المسلمين ، أو في سوق من أسواقهم ، فأوطأت يده أو برجله ، فهو ضامن وهذا واضح .

(١) وانما قلنا انه الراجح ، لأن الاحتمالات ثلاثة في المقتضى اما الضمان أو الحفظ ، أو الاواة فيكون معنى الحديث على هذا التقدير الثلاثة للمقتضى (بفتح الصاد) على اليد ضمان ما أخذت حتى تؤديه ، أو حفظ ما أخذت حتى تؤديه ، أو أداء ما أخذت حتى تؤديه ، لا جائز أن يكون هذا الأخير وهو التأدية ، مقتضى ، لأنه يجعل في الحديث غاية ، والقسى لا يكون غاية لنفسه ، فيبقى الترجيح بين الاحتمالين : الضمان والحفظ ، والظاهر الضمان ، لأن الحديث يوجب رد عين ما أخذت ان كانت قائمة ، والا فالضمان ، لأن الضمان غرامة التالف تمويضا ، كما بينا — نيل الاوطار — ج ٥ ص ٢٩٩ .

سابعاً : من المقررات الفقهية التي تنهض بمبدأ المسؤولية عن الضرر المالي ، ماجاء في قواعد المجلة ، من مثل : " الضرر يزال " و " الضرر يدفع بقدر الامكان " وكلتاها متفرعتان عن القاعدة التشريعية التي ارساها الرسول - صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر ولا ضرار " . والقاعدة الاولى ، توجب معالجة ما وقع من الضرر ، بازالة عينه ان امكن ، وذلك برد المال عنها ، ان كان قائماً ، والا فالتعويض مثلاً او قيمة كسبنا ذكرنا .

وأما الثانية ، فتأتي بحكم وقائي بحيث يجب الحيلولة دون وقوع الضرر ، لأن الدفع اسهل من الدفع ، أو الوقاية خير من العلاج وهذا المعنى لا يصلح سنداً على موضوعنا . غير أن قاعدة الدفع هذه يتحقق مناطها العام في الجبر بالمثل أو القيمة ، لأن هذا هو الممكن دفعه (١) من الضرر . فتملأ ، أن مبدأ الضمان مستقر في الشرع قطعاً ، بما قدمنا من الأدلة .

(١) وعلى هذا ، كان الدفع بمعنى الازالة وتضعيف قاعدة الدفع معنى جديداً ، وهو أن يكون الدفع بقدر الامكان .

الفصل الثاني

=====

اسباب الضمان

للضمان أسباب عدة ، يوردها الفقهاء في أبواب الفقه المختلفة ،

اذ لم تجمع في باب واحد ، ومن ذلك •

آ - الزام الشارع بالضمان ، مباشرة و بما يشغل ذمة المكلف المخاطب

من النفقات بوجه عام ، أو من اموال الزكاة ، أو الكفارات

في خصالها المالية ويوجب الاداء ايضا وهذا لا يتضمن معنى

التعويض عن مال أتلف ، كما ترى ، وانما هو تكليف يحقق معنى

التكافل الاجتماعي الملزم ، في دائرة الاسرة ، أو المجتمع

أو عقوبة زاجرة عن عمل محرم كما في الفطر عدا في رمضان دون

عذر ، أو الحث في اليمين ، من الخطايا الدينية ، وهذا مما

لا يدخل في بحثنا •

ب - وقد يكون سببه العقد ، وهو ما يطلق عليه الفقهاء " ضمان

العقد " وسيأتي البحث فيه •

ج - وذكروا من الاسباب ، الاتلاف ، والغصب ، والتفويت

والتعيب والتغير ، والحيلولة بين المالك وماله ، والشرط

والهد غير المحقة ، والتسبب تعديا ، على أن هذه الاسباب

جميعا يمكن أن يجمعها معنى واحد هو الفعل الضار عند تحقق

شرطه ، وهو ركن من أركان الضمان التي تتناولها بالبحث فيما

يلبي :

الفصل الثالث

=====

أركان الضمان

الترتيب المنطقي لهذه الأركان حسب الوقوع هو الفعل الضار على سبيل التعدى ، والضرر ، وعلاقة السببية بينهما ، أو ما يطلق عليه الفقهاء الأفضاء ، فكانت أركانه ثلاثة :

البحث الأول

الفعل الضار تعدى

ليس الفعل الضار مشروعا ، بل هو فعل محظور ، ولذا كان سببا للتضمن بما يكون له من أثر في إتلاف المال ، ولا يشترط في فاعله ان يتوافر فيه الادراك ، أو القصد الى الاضرار ، بل تنعقد سببية الفعل الضار لضمان ما يترتب عليه من ضرر أو إتلاف للمال ، ولو كان فاعله فاقدا الأهلية كصبي غير مميز ، أو مجنون ، أو غير مدرك ولا قاصد كالنائم والناسي ، اذ ليست أهلية الاداء شرطا في التضمن ، ذلك لأن أساس التضمن المالي هو جبر المثلث ، صيانة لعصمة الانسان في ماله ، ولذا كان العمد والخطأ في إتلاف المال سواء ، وان كان

- (١) يفتح اللام — اسم مفعول — اذا لم يشترط أهلية الاداء ، غير أنه لابد من أهلية الوجول ، اذ انتفاء الأهلية اهلا لا يوجب المسؤولية ، كما في الحيوان ، لأن جرح الفجاء جبار . ١

للمعد والخطأ أثر في العدوان على النفس .
غير أنه يشترط أن يكون الفعل الضار قد وقع تعدياً ، أي دون وجه
حق وعلى سبيل الاعتداء أو المجاوزة على حق الغير ، والتعدي لا يعني
التعمد ولا القصد ، كما سيأتي .

وعلى هذا ليس كل فعل ضار يوجب التضييع ، فلو أن شخصاً هدم داراً
لغيره بإذن من صاحبها ، لا يضمن ، لأنه فعل ضار ولكن بحقوق
وكذلك يكون الفعل الضار قد وقع تعدياً إذا لم يأذن به الشرع أصلاً .
وما هو جدير بالإشارة هنا إلى أن الفعل المشروع في الأصل ، لنشوءه
عن حق إذا أدى استعماله الحاضر إلى فاحش أو راجح بالغير
انقلب فعلاً ضاراً غير مشروع بالنظر إلى نتيجته ، لا إلى ذاته وهذا ضرب
من التعسف في استعمال الحق ، كما علمت ، وقد بحثنا ذلك بحثاً
مفصلاً في نظرية الحق والتعسف في استعماله (١) ، ولا يدخل
في موضوعنا ، لاستقلال نظريته ومعاييره وأحكامه غير أن الفعل الضار

(١) وفي هذا المعنى يقول : " إذا تأملت شرائع الله وجدت بها
لا تخرج عن تحصيل المصالح الخالصة أو تالراجحة وإن تراجحت
قدم أهمها وأجلها ، وإن فات أدناها ، كما لا تخرج عن
الفساد الخالصة والراجحة بقدر الامكان وإن تراجحت
(الفساد) عطل أعظمها فساداً يتحمل أدناها وعلى هذا
وضع أحكم الحاكمين شرائع دينه ، ورتب حقوق عباده . "

أصلاً ، والفعل التعمفي ، يفصل بينهما أن الأول لا يشترط فيما يترتب عليه من ضرر لتتمتع سببته للتضمنين أن يكون الضرر فاحشاً أو راجحاً ، بل يكفي لتثور مسئوليته ، أن يكون يسيراً بخلاف الثاني لاستناد أصلاً إلى حق .

الفعل الضار نوعان ، ايجابي وسلبي

الفعل الضار قد يكون حسياً ايجابياً أي وقوعياً ، فإذا ترتب عليه ضرر بالغير ، تعدى ما انعقد سبباً يستوجب التضمنين ، سواءً كان ترتب ذلك الضرر عن طريق المباشرة أو التسبب .
ويكون بطريق المباشرة إذا لم يفصل بينه وبين حدوث الضرر فعل آخر ، أو كما تقول المجلة : " الاتلاف بمباشرة " ، هو اتلاف الشيء بالسنذات " كقطع الشخص أشجار غيره أو كسر إناءه .
ويكون بطريق التسبب إذا فصل بينه وبين الضرر فعل آخر ، أدى إليه ، فكان علة لوقوع الضرر ، أو كما تقول المجلة : " الاتلاف تسبباً " هو التسبب لتلف شيء ، يعني أحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جرى العادة (١) " كما سيأتي تفصيله .
وأما الفعل الضار السلبي ، فهو فعل نفسي ، لاهسي مادي ، بمعنى الكف أو الامتناع عن الفعل ، وفي انعقاده سبباً للتضمنين شرعاً خلاف بين الفقهاء

(١) المجلة المادة ٨٨٢ - انظر ماورد في جامع الفصولين من صورة المباشرة والتسبب في الاتلاف ج ٢ ص (١٢) - ص ١٢٢

فذهب بعض الفقهاء الى أنه ليس سببا للتضمن شرعا ، وهو مذهب
الحنفية والماتعية (١) وذلك ، كمن رأى مالا لغيره يحترق ، وكان في
وسعه انقاذه ، ولم يفعل ، فانه لا يضمن لأنه ليس مباشرا ، ولا متسببا ،
ولا تضمن الا عن طوقهما .

هذا والامتناع امر سلبي عديم ، والمباشرة والتسبب لا يكونان
الا بأمر وجودي وقوي ، وأيضا لا يؤخذ الله تعالى على الفعل النفسي
مجردا حتى يخرج الى حيز القوع .

وخالف في هذا الحنابلة والمالكية (٢) وسندهم في هذا ، أنه
ترك واجبا ، وهو انقاذ مال أخيه السلم ، مع قدرته على ذلك ، فأدى
امتناعه عن ادا الواجب ، الى تلف المال المحترق ، تسببا ، فيكون —
مسئولا وضامنا ، كمن وجد لقطة في الطريق ولم يلقطها ، وهو يعلم
أنها اذا تركت تلفت ، كان ضامنا ، فكذا هذا ، ولأنه ضرب من التيسبب
في تضييع المال ، وهو ما نرجحه (٣) .

التعدى (٤)

قلنا آثفا ، أن "التعدى" في اصطلاح الفقهاء ، لا يعني

(١) البدائع ج ٧ ص ١٦٤ تبين الحقائق ج ٦ ص ١٤٣ ص ١٤٦

نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٥١ وما يليها .

(٢) كشف القناع ج ٢ ص ٣٦٢ وما يليها — بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٦٢

وما يليها لابن رشد — الفروق ج ٢ ص ٢٠٥ للقرافي .

(٣) راجع الضمان ص ٨٢ ص ٨٣ للشيخ علي الخفيف .

(٤) يطلق المالكية "التعدى" على نصب المنفعة اما الاستيلاء على

العين عدوانا فيسقى عندهم غضبا — راجع البهجة شرح التحفة
ج ٢ ص ٣٤٤ — وص ٣٥١ للتسولي .

التعمد أو القصد ، وإنما يعني دون وجه حق أو المجاوزة إلى حق الغير ، أو عدم الجواز الشرعي (١) أو العدوان ، كما يعني الإهمال والتفريط فالفعل الضار يكون موجبا للضمان ، إلا إذا وقع بغير وجه حق ، وقد استقر قاعدة في الفقه الاسلامي مؤداها أن " الجواز الشرعي ينافي الضمان (٢) " .

وعلى هذا ، فلو حفر بشرا في الطريق العام دون إذن ولي الأمر وقعت فيها دابة فنفتت ، ضمن الحافر ، لأنه تسبب في هذا الضرر تعديا وبدون وجه حق ، بخلاف ما لو كان الحفر بإذن من ولي الأمر . ومن ذلك ، ما لو نشب حريق في دار فهدمها الجار دون إذن صاحبها قطعاً لامتداد الحريق إلى داره ، وبدون إذن ولي الأمر ، ضمن ، لأنه مباشر للاتلاف ، على وجه التعدي (٣) .

ونرى أنه إذ تعذر استئذان صاحبها ، لغيبته ، أو تعمس استئذان السلطات أو تقاعس عن ادائها الواجب في الوقت المناسب كان له أن —

(١) الموجبات والمعقود — ج ١ ص ١٧٤ — للمحصاني .

(٢) المجلة / المادة / ٩١

(٣) المادة ٩١١ من المجلة . على أن قاعدة " الجواز الشرعي

ينافي الضمان ليست على إطلاقها ، بدليل ضمان التعسف

والفعل المتعسف في استعماله ، جائز بالنظر إلى أصل

تشريعه ، ومع ذلك يضمن المتعسف ما ترتب على فعله من

نتائج ضرورية لاحقة بالغير إذا كانت على قدر معين من الجسامة

ولو بدون قصد ، لذا كان لا بد من تصحيح منطوق هذا القاعدة

فيقال : الجواز الشرعي المقيد ينافي الضمان .

يهدمها (١) ، ولا ضمان/انقاذا لحقه ، ولأن واجبا عليه شرعا ، ألا يتسبب في ضياع ماله دون مقصد شرعي ، ألا ترى أنه لو رأى مال غيره يحترق ، وكان بإمكانه انقاذه ولم يفعل ، كان ضامنا ، لتركه واجبا كما قدمنا ، فأماله أولى .

ويورد الامام السرخسي صورا من الافعال الضارة تعديا ودون جواز شرعي ويتسبب فاعلها في وقوع اضرار بالغير ، ومن ذلك " اذا وضع الرجل في الطريق حجرا ، أو بنى فيه بناء ، أو أخرج من حائطه جذعا ، أو صخرة شاخصة الى الطريق ، أو اشرع كتيفا ، أو حياضا ، أو ميزابا ، أو وضع في الطريق جذعا ، فهو ضامن لما أصاب من ذلك ، لأنه "مسبب" لهلاك ما تلف بها أحدثه ، وهو متعمد في هذا التسبب ، فانه أحد ثني الطريق ما يتضرر به المارة ، أو يحول بينهم ، وبين المرور في الطريق الذي هو حقهم (٢) ، والتعمد كما قلنا شرط للتضمنين فاذا انتفى الشرط انتفى المشروط ، اذ لا يترتب على الجواز الشرعي — في الاصل — ضمان ، للمنافاة . هذا ، ولا ينظر في " التعمد "

-
- (١) هذا اذا تعين الهدم طريقا الى انقاذ داره ، والا فان امكن انقاذاها بقطع امتداد الحريق اليها ، بالاطفا ، وجب المصير الى ذلك ، والا كان ضامنا بالهدم ، على أى حال ، لعدم الضرورة ، ومن قال بالتضمنين ، اعتمد على قاعدة : (الاضرار لا يبطل حق الغير) ويجاب عن هذا ، أن الخلاف بين الفقهاء جار في اصل القاعدة نفسها فلا يكون الاختلاف عن باب تحقيق المناط .
- (٢) البسوط ج ٢٧ ص ٦ — وراجع الموجبات والمقصور — للمحيطاني ج ١ ص ١٢٥ .

بمجرد التضمين في التلغات المالية ، الى التعمد ، فالتمدد والخطأ
 في ذلك سواء ، بل انتفاء التمييز او الارادة اصلا ، لا يخل ببدء التضمين
 لأن الشريعة تقيم الضمان على التعمد ونفعا ماديا للمجل (١) ولم
 تعتبر أيما من العناصر الذاتية ، كالادراك أو التمييز ، أو الارادة ، أو
 القصد والتعمد ، أو الخطأ مناطا للضمان ، كما اسلفنا .
 هذا ، ولا حجر في الجوارح فيما يتعلق باتلاف الاموال (٢) . وعلى
 هذا ، فالصغير غير المميز ، كالكبير البالغ العاقل المدرك في مسئولية
 التضمين عما ترتب على افعاله الفارة من اتلاف لمال الغير ، وكذلك
 المجنون ، والمعتوه والنائم ، فيما لو انقلب على مال - اثنا نومه -
 فأتلفه لأن الضمان ليس من باب العقوبة التي يشترط فيها القصد والارادة
 بل من باب الجبر ، ولتمويض المالي ، كما قدمنا ، والقصد بانتفاء الاهلية
 هنا ، هو اهلية الاداء ، والا فان اهلية الوجوب شرط ، لأنها مناط انسان
 وقيام الذمة في ثبوت الحقوق لصاحبها عليه ، والا فان انتفاء الاهلية
 وجوبا وأداء ، لا ضمان معه كالحيوان ، لأن جرح العجماء جبار .
 هذا ، واعتبار العمد والخطأ في التعمد في الانفس لاني الاموال (٣)

(١) مذكرة في المسئولية التقصيرية - مقرر على الصف الرابع فسي

كلية الشريعة - للدكتور محمد فوزي فيض الله .

(٢) المحجور - سواء كان عاقلا أم مجنونا أم صغيرا غير مميز اذا

اتلف مالا ضمن اذا لحجر في افعال الجوارح فالاعذار لا تؤثر
 في عسمة المال .

(٣) وللمعد والخطأ في التعمد أثر في الاثم الاخرى وعدمه فيما

يتعلق بالاتلاف المالي ، لاني الحكم الديني ، اذ التعمد

وفي الاثم الاخرى وعدمه •

وعلى هذا • فلا حرج في افعال الجوارح • والاعذار من الجنون

والصغر وانتفاء التمييز وما اليه لا يؤثر في عصمة المال •

معيار التعدي بمعنى الاهمال والتقصير :

قلنا أن التعدي هو الجاوزه الى حق الغير • أو العدوان على ماله

اتلاف دون وجه حق • وأما فيما يتعلق بالتقصير والاهمال فقلنا

الاحترام • فان الضابط هو مخالفة السلوك المألوف للرجل العادي •

ومن المقرر عند أصحاب القواعد • أن كل ماورد به الشرع مطلقا • ولا

ضابط فيه ولا في الفقه يرجع فيه الى العرف (١) •

الاستثناءات من قاعدة التعدي :

استثنى الفقهاء من قاعدة التعدي فلا يعتبر الفاعل معتدبا •

في حكم الشرع ولو تحقق فيه مناط التعدي ظاهرا للحالات الآتية :

١ - حالة الدفاع الشرعي عن النفس أو المال • أو العرض

٢ - حال الضرورة

٣ - حال تنفيذ أوامر ذي الولاية الخاصة • أو العامة (٢)

* يوجب الضمان في كليهما • فالتمييز والادراك والقصد • ليس

شرطا في ايجاب الضمان المالي كما اشرنا • لأنه تعويض وجبر

عن مال متلف وليس عقوبة زاجرة • كما في العدوان على النفس

(١) الاشياء والنظائر - للسيوطي •

(٢) ولا يتسع المقام للتفصيل •

المبحث الثاني

الضرر

الضرر هو علق الضمان ، والفعل الضار بشرط التعدى سبب (١) هذا ، والضرر مطلقا يوجب التضمين ، ولا يشترط في الفاعل الذي أحدثه القصد أو التعمد ، أو الادراك والتمييز * كما قدمنا .

فالصغير غير المميز ، والمجننون ، والمعتوه والمخطئ ، والنائم والناسي ، كل اولئك اذا اتلف مالا للغير ، وجب عليه الضمان فسي ماله لأن الضرر في ذاته علة للتضمين شرعا ، بل يحكم بالتضمين على من لم يحدث منه فعل نشأ عنه الضرر ، كالتلف الذي يحدث في مال هو في يد ضمان ، لما ذكرنا من ان الشريعة ، اعتبرت الضرر مطلقا ، علة في تشريع حكم التضمين ، فاذا وجدت العلة (الضرر) وجد المعلول وهو الحكم حتما ، اثرا للعلة ، وهو التضمين فكان ذلك الحكم (٢) من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف ، وهو مذهب الجمهور ورأى عند المالكية (٣) واذا كان الضرر علة في حكم التضمين كان ركنا بحيث اذا انتفى الضرر انتفى الضمان ، ولو باشر الفاعل فعلا ضارا من شأنه أن ينشأ عنه الضرر ، أو تسبب في احداث ذلك ولكن الضرر لم يقع .

﴿ فرق بين السبب والعلة ، فالسبب طريق موصل الى الشيء ولكن من غير تأثير ، بخلاف العلة ، فانها مؤثرة بجعل الله تعالى او هي ما يكون حصول الشيء عند اثرا له .

(٢) أي الحكم بالتضمين . (٣) الخرعي ج ٦ ص ١٥١ القوانين الفقهية ص ٣١ لابن جزى وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٢٢ .

وعلى هذا اذا ذبح شاة لغيره لا ترجى حياتها لم يقم قيمتها ،
لعدم الضرر ، وان باشر فعلا ضارا بل قد أفاد صاحبها ، اذ لو تركها
دون ذبح وهي مشرقة على الهلاك ، لتلفت ، فكان في الامتناع عن
ذبحها تسبب في الاضرار بصاحبها ، اتلافاً فيضمن في بعض المذاهب
لأنه ضرب من التعدي في صورته السلبية ، كما بينا (١) الا اذا كان
احترق المال على مشهد من صاحبه ، اذ يسقط الواجب على غيره
في انقاذه (٢) هذا وقد قلنا ، ان فيصل التفرقة بين الفعل التعسفي ،
وبين الفعل الضار في المسؤولية التقصيرية ، ان الاول يشترط فيه أن
يكون ما أدى اليه من " ضرر " فاحشا أو اراجها ، لتثور المسؤولية
التعسفية ، ذلك لأن الفعل التعسفي في أصله مشروع ، بخلاف الفعل
الضار ، فان الضرر الذي هو علة التضمن يوجب ولو كان يسيرا ، لأن
الفعل الضار في أصله غير جائز أصلا .

تعريف الضرر :

عرف بعض الفقهاء الضرر بأنه كل خسار في المال ينشأ عن نقص
فيه أو في منفعته ، أو زوالها مع أصلها جملة أو زوال بعض أوصافه مما
يؤثر في قيمته ، وعلى هذا ، فالاتلاف أو الضرر قد يكون جزئيا وقد
يكون كليا (٣) والاول افساد والثاني استهلاك .

(١) مجمع الضمانات ص ٣٠٨ وح ٣٦٠ — القواعد ص ٢٢٢ لابن

رجب (٢) الضمان ص ٨٢ — للشيخ علي الخديف .

(٣) القواعد ص ٢٢٢ لابن رجب مجمع الضمانات ص ٣٠٨ .

أنواع الضرر :

والضرر على نوعين :

١ - مادي أو مالمسي

٢ - معنوي

أما الضرر المادي ، فما يصيب مال الانسان ، فيتلف بعضه ، أو يصيبه بتعيب ينقص قيمته ، أو يذهب بالمال كله ، أصلاً ومنفعة فيجب التعويض على صاحبه بالمال بقدر التالف ، ليحل مال مكان مال ، جبراً وتعويضاً ، ولهذا وجب التعويض بالمثل الكامل ليكون الجبر من كل وجه ، بصورة ومعنى ، ولا فيجب المساواة التامة من حيث المال ، وهي القيمة .

وأما الضرر المعنوي ، فمن مثل ما يصيب الانسان في شرفه وعرضه من الاذى كما في القذف والسب ، أو من ايذاء للشعور ، أو امتحان في المعاملة ، وهذا لا يخضع لقواعد التعويض في الفقه الاسلامي التي تقضي بأن يمل مال محل مال اتلف وانما يترك تقدير التعويض المالمسي لله للحاكم ، والاصل عدم التضمين فيه ، الا ان بعض الفقهاء قالوا بتعويض الالم (١) اذا لم يحدث أثراً والخلاصة : أن تحقق الضرر المالم

(١) على أن التعزيز بالتغريم المالم عقوبة لا يدخل في موضوعنا

لأنه ليس من باب التعويض عن مال أتلف - وأما التعويض عن

الالم فقال أبو يوسف الموجهات ج ١ ص ١٤٢ .

بالمضور هو مناط التضمن المالي تعويضا اثر نقص في المال أو في منفعته ، أو في قيمته ، أو قيمته بعضه ، أو لزال المنفعة كلها التي كانت تطلب منه عادة ، وهذا الضرر الكلي والجزئي قد يحدث عادة نتيجة المباشرة ، أو السبب (١) كما أشرنا .

المبحث الثالث

الافضاء أو علاقته السببية بين الضرر والتعدي

لاتنهدر المسؤولية أو يحكم بالتضمن الا بعد تحقق العلائقين الفعل الضار ونتيجته من الضرر ، اما عن طريق المباشرة أو التسبب وهي وان كانت شرطا يتوقف عليه الحكم بالتضمن ، غير أن الشرط يعتبر من الاركان عند جمهور الفقهاء خلافا للحنفية وبانتفاء هذه العلاقة ينتفى الحكم بالضمان .

ويقصد بالعلاقة " التلازم " الذي لا انفكاك له بين السبب وبين ما أدى اليه من نتيجة أو بين العلة ومعلولها عند انتفاء المانع ، وهذا التلازم هو ما يطلق عليه الافضاء .

أما السبب ، فهو الفعل الضار على وجه التعدي ، وأما النتيجة فهي الضرر ، وليس من معنى التعدي التعمد أو القصد ، بل المجاوزة أو عدم الجواز الشرعي .

(١) نص الفقهاء على ما يتحقق به الضرر في الاموال بالاتلاف ومعناه اخراج الشيء " عن أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة وهو اما ان يكون تاما ويسى الاستهلاك كقتل الحيوان أو حرق الثوب أو كسر الفخار وما الى ذلك واما ان يكون ناقصا ويسى الافساد كما في خرق الثوب ، أو قطع رجل الدابة أو ما شابه — الهدائع ج ٢ ص ١٦٤ المحمدي — الموجبات ص ١٢٠ القوانين الفقهية ص ٣٣٦ ابن جزى .

أما معنى التلزم الذي هو الانقضاء فهو كون النتيجة لا يتخلف عن سببها
أو ان المعلول لا يتخلف عن علته ، عادة يجعل الله تعالى •
الفرق بين السبب والعلة

السبب ما كان موصلا الى السبب من غير تأثير بخلاف العلة ، فهي
ما شرع الحكم عنده اثر له •

فالعلة تؤثر في الحكم ، لان الشارع اعتبرها أساسا في تشريع الحكم
لأنها مظنة الحكمة أو المصلحة ، ويرى الأصوليون أن السبب الحقيقي
لا بد أن يتوسط بينه وبين الحكم علة فيضاف الحكم عندئذ الى العلة دون
السبب اذ ايجاد العلة يطلق عليه " المباشرة " وايجاد السبب يطلق
عليه " التسبب " والمباشرة يجب تقديمها على التسبب اذا اجتمعا
تبعا للتأثير في الاول دون الثاني ولستقرر هذا قاعدة عامة في الفقه الاسلامي
مؤداها أنه : " اذا اجتمع المباشرة والتسبب ، أضيف الحكم الى
المباشرة (١) •

هذا ، وتقديم المباشرة على السبب ، انعقد عليه الاجماع (٢)

فيضاف حكم التضمين الى المباشرة دون التسبب •

(١) الاشياء والنظائر ص ٦٤ — ابن نجيم • المجلة / المادة ٩٠/ـ

(٢) جاء في قواعد ابن رجب مانعه : " اذا استند ائلاف أموال الآدميين
ونفوسهم ، الى مباشرة وسبب تعلق الضمان بالمباشرة دون التسبب
الا ان تكون المباشرة مبينة على السبب " القاعدة ١٢٢ — ص ٢٨٥
وانظر في هذا المعنى الاشياء والنظائر للسيوطي ص ١٠٩ الفروق
للقرافي ج ٢ ص ٢٠٨ المجلة مادة ٩٢٥ — تبين الحقائق ج ٦
ص ١٤٢ وما يليها •

المباشرة والتسبب

قلنا أن الائتلاف أو الضرر هو علة الحكم في التضمين ، غير أن التلف قد يحصل عادة بطريق المباشرة أو التسبب .

والمباشرة هي اتصال الفعل الضار ذاته بالمال ، فيتلفه ، أو هي إيجاد علة الائتلاف ، دون أن يتوسط بينهما فعل آخر يتسبب عنه الضرر ، فهذا ضرر مباشر ، ولا خلاف في تضمين من باشره وأحدثه ، وذلك لأن فعله علة التلف بدليل نسبته إليه ، كاحراق الزرع ، أو قطع الشجر ، أو هدم الهنيان ، أو قتل الحيوان ، أو احراق المتاع ، أو تمزيق الثوب وليس أى من الاهلية ، أو التمييز ، أو الادراك ، أو التعمد شرطا في حكم

(١) وهكذا ترى أن مبنى الضمان في ائتلاف المال هو جبر النقص ،

لا عقوبة الزجر ، أو هو بدل مال ، لا عقوبة أفعال ، ولذا لا حجر على الصبيان ومن اليهم من عديمي الاهلية ، في افعالهم بل الحجر عليهم في تصرفاتهم القولية ، كالمقود لأنهم ليسوا أهلا للالتزام والالتزام فيها ، لان نقاء اهلية الاداء لممارسة المقود والالتزامات بخلاف الجنائيات على الانفس ، فانها تعتمد القصد والارادة في الجزاء وهذا مقود في عديم الاهلية لأن حكمها العقوبة الزاجرة ، لا التعويض الجابر .

— ويقول صدر الشريعة في هذا الصدد : " الحجر فسي الحكيمات ، لافي الحسيات " هذا وقد ورد في القرآن الكريم حكم قتل المؤمن خطأ ، من تحرير رقبة ، ودية مسلمة ، كفارة فهل الكفارة جابرة أم زاجرة والارجح كونها زاجرة .

التضمين ، لما قدمنا من أن التشريع الاسلامي ، قد رتب الضمان على التعدى وضعا ماديا للمحل ، فكان حكما وضعيا لا تكليفيا ، بأن وضع الله تعالى شيئا علة لشيء آخر ، بحيث يستلزم وجودها وجود — الحكم الذى بني عليها ، لأنها معتبرة في تشريع — .

وعلى هذا ، فالباشرة في الاتلاف (١) اتصال الفعل الضار بذاته بمحل الضرر من المال دون أن يتوسط فعل آخر ويحدث فيه تلفا أو ضررا بحيث ينسب هذا الفعل عادة الى فاعله الذى باشره او هي ايجاد علة التلف (٢) كما ذكرنا — .

أما التسبب فهو اتصال " أثر الفعل " بمحل الضرر وهو المال لاذات الفعل وحقيقته فيحصل ذلك الى تلفه وذلك بأن يحدث أخذ أمرا في شيء يفضي الى تلف شيء آخر على جرى العادة .

-
- (١) عرفت المجلة الاتلاف مباشرة بأنه : " اتلاف الشيء بالذات مادة ٨٨٢ — اما الاتلاف تسببا فقد عرفت بان له احداث امر في شيء يفضي الى تلف شيء آخر على جرى العادة المادة ٨٨٨ .
- (٢) او بعبارة أخرى الاتلاف مباصرة هو الذى لا يتخلل بين فعل المباشر وبين تلف المال ، فعل آخر — درر الاحكام شرح مجلة — الاحكام ج ٢ ص ٤٥٢ لعلي حيدر — شرح المحامي فهى الحسيني الاعباء والنظام ج ١ ص ١٩٦ .

هذا ، والاتلاف مباشرة أوضح من ان يفتر الى مثال ، فقطع الاشجار
في ملك الغير دون وجه حق ، اتلاف مباشرة بخلاف ما اذا كان باذن
المالك ، حيث يعتبر اتلافا مباشرا بحق ، فيضمن في الحال الاولى
دون الثانية ، وكذا لو هدم جدارا لغيره دون وجه حق ، أو احرق
زرعه .

أما الاتلاف تسببا ، فمن مثل أن يحفر أحد حفرة في الطريق
العام فيسقط فيها حيوان أو تلقي به الريح فيها ، فيتلف ، ضمن
الحافر لعمده بالحفر ، وتسببه في الاتلاف ولنسبة الاتلاف اليه
عادة سواء بسقوط الحيوان من تلقاء نفسه ، أو بفعل الريح .
أما انه متعدد ، فلأنه حفر في الطريق العام ، وهو حق العامة
ودون اذن ممن يمثلهم ، وهو ولي الامر أو نوابه ، وأما أنه متسبب
فلأن الحفر سبب موصل الى ذلك التلف ، على جرى العادة .
هذلك اجتماع السبب والتعدى فيترتب على ذلك حكم التضمين بخلاف
ما اذا حفر احد حفرة في أرض يملكها ثم سقط فيها حيوان لغيره ،
فتلف فانه لا يضمن ، لأنه وان كان متسببا لكنه غير متعدد ، والمتسبب
لا يضمن الا اذا كان متعديا .

هذا ، ويشتط في ضمان الاتلاف تسببا الا يتخلل بين فعله وبين
الاتلاف ، فعل مختار مباشر وذلك لأن المباشرة أو العلة مقدمة على السبب
في الحكم لكونها مؤثرة في الحكم دون السبب كما ذكرنا ، ومن هنا كان
تقديم المباشرة على التسبب لرجحان العلة بالتأثير المباشر ، دون السبب
لأنه طريق موصل الى السبب ولكن دون تأثير .

إذا اجتمع المباشر والمتسبب اضيف الحكم الى المباشر :

فلو حفر شخص حفرة في الطريق العام ، فجاء آخر والقي فيها حيوانا أو متاعا فأتلفه ، كان الدافع هو الضامن دون الحفر لمباشرة الاول وتسبب الثاني ، ولأن الفعل الضار ، وما ترتب^{عليه} تلف ، ينسب عادة الى الدافع (١) .

هذا ولو دل شخص لصا على مال فسرقه ، فالضامن على السارق لأنه مباشر دون الدال لأنه متسبب (٢) .

وعلى هذا ، تقدم المباشرة على التسبب إذا تعارضا واجتمعا لقوة الاول بتأثيره ، لانه علة الائلاف والعلة هي اساس الحكم بالتضمين .
أساس التفرقة بين المباشرة والتسبب في الحكم :

ان التفرقة بين المباشرة والتسبب أساسها ان الاولى قوامها اتصال الفعل الضار ذاته بمحل الضرر ، وهو المال ، كما بينا ، فكان علة مؤثرة في الائلاف ، وهذه العلة من الظهور بحيث لا تدع حاجة الى

(١) المادة ١٠ من المجلة — الاشياء والنظائر ص ٦٤ لابن نجيم

وللسيوطي ص ١٠٩ وقواعد ابن رجب — ص ١٢٧ و ص ٢٨٥

— الفروق ج ٢ ص ٢٠٨ للقرائي المجلة — المادة ١٢٥ .

(٢) وهذا على رأى بعض الفقهاء ، ويرى فريق آخر الضمان عليها

كما سيأتي ، استثناء ، لأن الدال هنا يعتبر مساهما في

الفعل الضار .

النظر الى فاعلها ، وقصده ، أو تعبد ، لأن الفعل الضار المباشر ينسب الى فاعله عادة لحدائه اياه ، فلا مناص من الحكم عليه بالتضمين لذلك ، وجوبا .

وهذا بخلاف المتسبب ، لأن فعله لا يتصل بذاته بمحل الضرر كالمباشر ، بل بأثره ، على ما فصلنا ، لذا ، لم يكن تسببه فسي احداث الضرر ظاهرا ظهور المباشرة ، ولا قويا قوتها ، اذ المفروض أنه عند اجتماعهما ، قد تخلل بين تسببه وبين التلف أو الضرر فاصل هو فعل مختار مباشر ، أحدث الضرر ، فالضرر اذن قسود تراخى حدوثه عن التسبب ، ولكنه حدث اثر المباشرة ، فكان السبب مجرد سبيل موصل الى الضرر ، غير مؤثر ، بخلاف المباشرة فانها علة مؤثرة في احداثه ، ودون تراخ ، أو بعبارة اخرى ، أن سببيه فعل المتسبب للضرر أضعف وأخفى من المباشرة ، ومع هذا الضعف والخفاء النسبي لا يرتفع الى مستوى المباشرة من حيث القوة والظهور ، بدليل نسبة الفعل أو الضرر الى المباشرة عادة دون المتسبب . لذا ، قدمت المباشرة على التسبب عند اجتماعهما ، وأضيف الحكم بالتضمين الى المباشرة دون التسبب وهذا بالاتفاق بين المذاهب ، لوجود مسوغ الترجيح عند تعارضهما ، وهو قوة المباشرة وظهورها ، في احداث الضرر ، — فالفارق واقعي كما ترى .

غير أنه اذا ارتفع التسبب الى مستوى المباشرة في بعض الحالات من حيث القوة والظهور ، حتى كان السبب في معنى العلة المؤثرة اضيف حكم التضمين الى المتسبب وحده أو اليهما معا على السواء ، لانتفاء

سبب الترجيع ، استثناء من قاعدة تقديم المباشرة على التسبب
وهو ما نتناوله بالبحث حالا .

الحالات المستثناة من قاعدة تقديم المباشرة على التسبب

يستلخص مما سبق ، أن قاعدة تقديم المباشرة على التسبب المتفق
عليها ليست على إطلاقها ، بل مقيدة بألا يصبح السبب في معنى
الملة ، من حيث القوة والاشتر ، والظهور ، وهو ما أشار إليه ابن
رجب في قواعد ، بأن تكون المباشرة مبنية على السبب ، وناشئة عنه
سواء كان الفعل التسبب ملجئا الى المباشرة أولا فمن ذلك ، ما اذا
حكم القاضي بمال آخر فذهب به ، بناء على شهادة شهود ، ثم رجعوا
عن شهادتهم ، فالضمان على الشهود التسببين وخدم لاعلى القاضي
المباشرة للاتلاف للأسباب الآتية :

١ — لأن الشهود قد الجأوا القاضي الى الحكم الذي هو
علة الاتلاف .

٢ — أن ليس في عمل القاضي تعد ، وهو شرط في حكم
التضمين .

٣ — أن التعدي مع التسبب كانا متوافرين في الشهادة
أما التسبب ، فظاهر وأما التعدي ، فللرجوع ، أو
التزوير ، ثم الجاء القاضي الى الحكم بشهادة زور .

لذا ، كانت المباشرة كما ترى مبنية على التسبب ، وكان ظهور التأثير
وقوته في الشهادة لاني قضا القاضي ، فارتفعت الى مستوى الملة
من حيث الظهور وقوة التأثير ، فكانت في معنى الملة ، بل الملة وهي

المباشرة مبنية عليها •

وهذا القيد قد استقر في فقه الحنفية والمالكية في الجملة
ايضا (١) حيث قالوا يتضمن السائق والراكب والاول متسبب والثاني
مباشر لما وظفته الدابة فاتلفته ، كما قالوا يتضمن الحائر
حفرة في طريق لحيوان يعلم أنه يمر فيها ، ومن أرداه فيها ، اذ
القصد الى الاتلاف من التسبب جعله بمنزلة الدافع فالضمان على
المباشر والمتسبب كليهما •

كذلك قالوا بتضمين من أمسك شخصا لظالم ، لياخذ منه ماله
من النقود بعد فراره ، فالضمان عليهما لأن التسبب بتعديده ، وقصده
الى اتلاف المال ، ارتفع الى مستوى المباشرة أو اعتبر مساهما في الفعل
المباشر (٢) •

وهكذا ترى أن الضمان قد يلزم به التسبب وحده ، او مع

المباشر •

شروط الضمان :

قدمنا أن الضرر أو الاتلاف المالي هو علة الحكم بالتضمين ، ولا
تحقق لهذا المناط الا في مال متقوم مملوك ، وهذا هو الشرط الاول •

(١) تبين الحقائق ج ٦ ص ١٥٠ — مجمع الضمانات ص ١٧٧

الشرح الكبير — ج ٣ ص ٣٤٤ — وج ٢ — ص ٢٤٤ وما

يليه •

المراجع السابقة — ولا يتسع المقام للتفصيلات
الواسعة •

فلا ضمان اذن اذا كان المتلف ليس مالا أصلا ، كالميتة والسدوم
أو ليس مقنونا ، كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم ، أو ليس مملوكا
لأحد كالمباحات .

أما المنافع ، فان غصبها لا يوجب تضمين غاصبها عند الحنفية ،
لكونها ليست مالا مقنونا عندهم

فلا يتحقق فيها معنى التعدي ، خلافا للجمهور الذين يرون أن التعدي
عليها يتحقق في التعدي على مصادرها أو الحيلولة بين صاحبها ، وبين
الانتفاع بها بأي حائل ، أو بإخراجه من مصادرها ، وما إلى ذلك
والحيلولة نوع من التعدي ، وحجة الجمهور ، أنها تقابل بالمال في عقد
الاجارة ، وتختلف قيمتها باختلاف الزمان ، والمكان ، والبيئات ، كالأعيان^(١)
فتضمن بالتعدي .

الثاني : أن يكون الفعل الضار واقعا على سبيل التعدي ، بمعنى
المجاوزه الى حق الغير ، أي دون جواز شرعي ، أو دون اذن من المالك
بالاتلاف ، ولا يعني التعدي ، التعمد والقصد ، أو توفر عنصر
التمييز والادراك في المتعدي سواء كان الاتلاف بطريق المباشرة أو التسبب .

(١) قد فصلنا القول في مالية المنافع في بحثنا في حقوق الابتكار
في الفقه المقارن .

— هذا وقد استثنى الحنفية ، منافع الموقوف للسكنى أو
للاستغلال ، ومنافع ملك اليتيم ، ومنافع المعد للاستغلال
فان منافع هذه الاعيان مضمونه بالتعدي .

الثالث : أن يكون الضرر واقعا بطريق المباشرة أو التسبب دون غيرهما ، وقد فصلنا القول فيهما .

الرابع : ألا يكون الفعل الضار واقعا بأمر ممن له الولاية على فاعله فيما له حق الأمر فيه ، كأمير الرئيس بالنسبة لمروءته الموظف .

الخامس : ألا يكون الائتلاف ناشئا عن الدفاع الشرعي عن النفس وهذه هي مسألة الصائل المعتدى كائتلاف سلاحه ، وكراعته ودابته ، وسائر أدواته ، وكذلك إئتلاف أدوات الباغي وسلاحه .

السادس : ألا يكون الائتلاف بحكم الشرع ، على سبيل التفرير بالمال عقوبة ، من مثل كسر دنان الخمر إذا اقتضت إراقتها ذلك أو كان بأمر من له الولاية ، تغليظا للعقوبة .

هذا والشرط الرابع والخامس والسادس من الاستثنائات من قاعدة التضمين .

المبحث الثالث

الفرق بين ضمان العقد و ضمان الائتلاف ويد الضمان :

ضمان العقد في الفقه الاسلامي — انما يعني التعويض المالي عن عين مالية تلفت قبل تسليمها الى مستحقها ، في يد من التزم بذلك بموجب عقد ، وعلى هذا ، فان ضمان العقد لا يكون — كما يقول السيوطي — الا في عين معينة في صلب العقد ، كالبيع ، أو الثمن اذا كان عينا معينة في عقد البيع ، أو الاجرة اذا كانت عينا معينة في عقد الاجارة ويدل — الصلح اذا كان عينا كذلك .

هذه الاعيان المنصوص عليها في صلب العقد ، تعتبر مضمونة ضمان عقد على من وجب عليه تسليمها للطرف الآخر ، بموجب العقد ، اذا تلفت قبل التسليم .

ويختلف ضمان الائتلاف عن ضمان العقد ، فيما يتعلق بأساس — التعويض فيهما ، أن الاول يقوم على المثلية ، صورة ومعنى ، أو المثلية معنى وهي القيمة ، والمثلية انما تعني المساواة او المعادلة والتكافؤ بين العوض والمعووض عنه ، ذلك لأن الفعل الضار يرد على العين وعلى أوصافها كذلك ، فوجب مراعاة كل ذلك في التقدير — وهذه هي المماثلة التامة ، بخلاف ضمان العقد فانه يقوم على اساس التراضي ، والمقصود فيه الربح فقد يقع فيه التفاوت بين البديلين ، لذا ، فلا اعتبار للمساواة والمماثلة ، ولا تراعى اوصاف التالف عند تقدير التعويض المالي .

أما تأخير تنفيذ الالتزام ، فيما اذا كان محل العقد او محل الالتزام عملاً كالأجير المشترك او الخاص ، او تسليم المبيع الى المشتري عند ادائه الثمن ، فلا يقابل هذا التأخير بتعويض مالي في الفقه الاسلامي ، اذ التعويض المالي شرعا ، انما يعني قيام مال بدل مال اتلف وتأخير التنفيذ ليس بمال ، فلا تعويض فيه ، لأنه ضرب من اكل اموال الناس بالباطل وعلى هذا ، فالمسئولية العقدية في القانون لاتعني ضمان العقد في الفقه الاسلامي .

وعلى هذا ، فضمان العقد انما يترتب أثراً لازماً لحكم العقد ، ذاته ، اذ وجوب تسليم العين المبيعة مثلاً التزام ناشئ عن العقد .

والضمان أثر يلزم عن هلاك العين قبل تسليمها • فليس
ضمان العقد اذن حكما ناعشا عن العقد نفسه •
أما ضمان اليد • فهو تعويض مالي عن عين تلفت في يد ضمان
لايد أمانة • بسبب لايد لصاحب اليد فيه (١) • ويراعى
في هذا التعويض المثلية الكاملة او القيمة التامة للتالف •
على نحو ما تقرر في ضمان الاتلاف • وهذا تبين حكم الضمان
في كل من ضمان الاتلاف • وضمان اليد • وضمان
العقد •

(١) المرجع السابق •

الباعث وأثره في التصرفات والعقود فسي الفقه الاسلامي

كان للفقه الاسلامي فضل السبق في ارساء مبدأ " الرضائية " فسي
العقود " تأسيساً على احترام سلطان الارادة ، قبل أن تعرفه أوربا
بقرون ، ويقضي هذا المبدأ ، بأن يتم العقد وينتج آثاره بمجرد
اتفاق ارادتين ، دون توقف على شيء من الاجراءات والمراسيم الشكلية .
غير أن هذه الارادة قد يحركها باعث ، لانشاء تصرف هو في ظاهره —
مستكمل لاركانه وشروطه الشرعية ، من توافر الايجاب والقبول ، وأهلية
تامة للعاقدين ، ومحلية للعقد قابلة لحكمه ، لتحقيق اغراض غير مباشرة
تجاوز الحدود الاخلاقية ، أو المصلحة العامة ، أو بعبارة أخرى
تناقض مقاصد التشريع :

فوقاية من تعسف الارادة ، وما يؤول اليه طغيانها من تحقيق
اغراض مشروعة أرست الشريعة فكرة الباعث كقيد يرد على تصرف الارادة ،
أعلى مبدأ الرضائية ، حتى لاتتناقض مقاصد التشريع فيما تنشي من
تصرفات هي في ظاهرها جائزة ، ولكن في تنفيذها .
— بالنظر الى ما تهدف اليه من غاية نهائية غير مباشرة — مايس المصلحة
العامة ، أو يهدم مقاصد التشريع .
تحديد معنى الباعث :

يقصد بالباعث : الدافع الذي يحرك ارادة المنشي للتصرف
الى تحقيق غرض غير مباشر .
والقصد هنا ، الدافع الى تحقيق غرض غير مشروع ، يجاوز الحدود —

الاخلاقية أو يمس المصلحة العامة أو يناقض مقاصد التشريع ، أو

التحيل على ابطال المصالح الشرعية المعتمدة .

فعقد البيع مثلاً من نتائجه المباشرة انتقال ملكية المبيع للمشتري ،
وانتقال ملكية الثمن للبائع ، أما الغرض غير المباشر الذي يمكن أن يكون
باعثاً لأحد التعاقدين ، أو لكليهما فنحو أن يبتغي المشتري اتخاذ
المبيع لتحقيق غرض محرم ، كمن يشتري عنياً ليتخذه خمراً مثلاً ، فاتخاذ
عصير العنب خمراً باعث حمل المشتري على انشاء عقد البيع مع البائع ،
وهو دافع - كما نرى - غير مشروع ، لأنه يرمي الى تحقيق غرض يحرمه
الشارع .

هذا ، والباعث - كما هو واضح - أمر ذاتي خفي وخارج عن
نطاق التعاقد لأنه ليس ركناً في التصرف داخلي ماهيته ، ولا شرطاً
يتوقف عليه وجوده ، وإذا كان الباعث أمراً ذاتياً ، فهو متغير ، أي
يختلف باختلاف الأشخاص .

اذن ، يمتاز الباعث بالخصائص التالية : بأنه ذاتي ، وخارج
عن نطاق التعاقد ، وأنه متغير ، وهذه نتيجة لكونه أمراً نفسياً
ذاتياً . وإذا تعددت البواعث فالمعبرة عندئذ بالباعث الرئيسي .
ففكرة الباعث اذن وسيلة لابطال التصرف الذي هو في ظاهره جائز
ويقصد به الوصول الى أغراض وغايات محرمة ، وهو بهذا المعنى ينطبق
على الاحتمال على قواعد الشرع الذي أشار اليه الامام الشاطبي في
تعريفه للحيلة بقوله : " وحقيقتها : تقديم عمل ظاهر الجواز لابطال
حكم شرعي ، وتحويله في الظاهر الى حكم آخر (١) أي من تحليل

(١) الموافقات : ج ٤ ص ٢٠١ .

محرم أو اسقاط واجب ، وكلاهما مناقض لمقاصد التشريع ، وقد بين الامام الشاطبي هذه المناقضة بقوله : " تمآل العمل فيها خسر قواعد الشريعة (١) " .

مكانة الباعث في الفقه الاسلامي

قدمنا أن الفقه الاسلامي ذو نزعة مثالية يقيم للعناصر الخلقية والادبية المقام الأول في تشريعه ، لسبب بسيط ، هو أنه فقه ديني الصبغة . وقد تظاهرت الآيات الكثيرة على توطيد ذلك ، من مثل قوله تعالى : " وتعاونوا على البر والتقوى ، ولا تعاونوا على الاثم والعدوان ، وقوله تعالى : " ان الله يأمر بالعدل والاحسان " وقوله تعالى : " قل انما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها وما بطن ، والاثم والبغي بغير الحق " وقوله تعالى في وصف ما جاء به الرسول عليه الصلاة والسلام من تشريع " يحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ، ويضع عنهم اصرهم ، والاغلال التي كانت عليهم " .

كل ذلك يقتضي أن يعتد بالباعث الذي يقاس به شرف النوايا — وطهارتها ، فكان الفقه الاسلامي ذا نزعة ذاتية . غير أنه الى جانب ذلك ينزع نزعة مادية موضوعية ، تعتد بالعبارة الظاهرة في التصرفات ، بمعنى أن تمام التصرف وصحته وترتب آثاره عليه ، كل ذلك منوط بالكيان التعبيري للتصرف الذي — نصح عنه العبارة ، ومقتضى هذا النزعة ، ألا يعتد بما هو خارج عن نطاق التصرف — من الأمور النفسية الخفية كالبواعث ، وهو بهذا النزعة يقترب من الفقه الجرماني

ذى النزعة الموضوعية الذى لا يبحث فيما يتعلق بنشأة الالتزام —زام
أوصحته خارج نطاق العبارة المنشئة له ، فلا يبحث عن غايات نهائية
وأغراض غير مباشرة خارجة عن النطاق التعبيرى الفني الذى هو مظهر
للالدارة ، بل هو الارادة * .

وهذا النظر يضيق مجال فكرة الباعث وأثرها في التصرفات .
وبين استاذنا الدكتور السنهورى هاتين النزعتين في الفقه الاسلامي اذ
يقول : " على الرغم من أن الفقه الاسلامي — تجاه نظرية السبب
ذو نزعة موضوعية بارزة يعتمد بالتعبير عن الارادة دون الارادة ذاتها
أى يأخذ ببداً الارادة الظاهرة لا بمذهب الارادة الباطنة ، حتى كان
أقرب في هذه الناحية من الفقه الجرمانى ، الا أنه من جهة أخرى ، فقه
تغلب فيه العوامل الادبية والخلقية والدينية ، وهذا يقتضى أن يعتمد
فيما للباعث الذى يقاس به شرف النوايا وطهارتها ، فكان ينبغى أن
يكون لنظرية السبب — وهي خلقية في المقام الأول — مكان ملحوظ —
يضاهي مكانها في الفقه اللاتيني (١) .

واذا كان الفقه الاسلامي — بحكم كونه ديني الصبغة — ينزع نزعة ذاتية
تعتمد بالهواث والنوايا ، غير أنه لم يضع في أى مذهب من مذاهبه
نظرية عامة للباعث ، ولكنه يورد التطبيقات التفصيلية ، ويمكن عن طريق
تحليل هذه التطبيقات الفرعية وتأصيلها ، استخلاص نظريات عامة
كنظرية الباعث مثلاً .

(١) مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٤ ، ص ٥٣

للدكتور السنهورى .

أثر هاتين النزعتين في المناهج الفقهية

لا خلاف بين العلماء* في أن الباعث غير المشروع إذا أسفر عنه —
التعبير في صلب العقد يبطله ، لاقتترانه بشرط محظور محرم (١) .
أما إذا لم يتضمنه التعبير ، ولم يمكن استخلاصه من طبيعة محل العقد
ضمنا ، ففي الاعتداد به خلاف بين الفقهاء* .
فالحنبلة : يعتدون بالباعث ، ولو لم يتضمنه التعبير عن الإرادة
فإذا تبين أنه غير مشروع — ولو عن طريق القرائن — ابطال الالتزام
ولم يترتب عليه أثر ، وبذلك يأخذ الحنبلة بالنزعة الفاتية .
أما الحنفية والشافعية : فقد ذهبوا إلى أنه لا اعتداد بالباعث
غير المشروع مادام لم يتضمنه التعبير ، والتصرف صحيح ، بالنظر لسلاية
كيانه الفني التعبيري ظاهرا ، من حيث هو تصرف مستكمل لاركانه
وشروطه الشرعية .

فوجود التصرف الشرعي ، ووجوب تنفيذه ، منوطان شرعا بصدور
العبارة الصحيحة من أهلها في صورتها الدالة عليه ويقولون : ان نصوص الآثار
والسنة ، بل وعامة أحكام الشريعة تدل على ذلك .
هذا ، وقد قدمنا أن الحنفية يعتدون بالباعث إذا دل عليه طبيعة
المحل ضمنا كما سيأتي* .

فهذا الفريق لم ينصح المجال أمام القضاء* لتحري البواعث النفسية ،
بحكم على ضوئها بصحة التصرف أو بطلانه ، بل يكفي بالعبارة الظاهرة

(١) التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة ص ٩٣ للاستاذ الشيخ
علي الخفيف .

أَوْ الْإِرَادَةُ الظَّاهِرَةُ .

ونفصل القول في الباعث من وجهة نظر المذاهب الفقهية :

١ - مذهب الحنفية :

قلنا ان مذهب الحنفية لا يعتمد بالباعث الا اذا تضمنته صيغة العقد صراحة ، أو أمكن استخلاصه من طبيعة محل العقد ، فمن الأول ما جاء في الزيلعي : " ولا يجوز (الاستئجار) على الغناء والنسج والبلاهي ، لأن المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد فلا يجب عليه الأجر من غير أن يستحق هو على الأجر شيئاً ، اذ الهاداة لا تكون الا باستحقاق كل واحد منهما على الآخر ، ولو استحق عليه المعصية ، لكان ذلك مضافاً الى الشارع من حيث أنه شرع عقداً موجباً للمعصية ، تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً . . . (١) .

تطبيقات فكرة الباعث في الفقه الحنفي :

وفي الفتاوى الخانية : " رجل استأجر فعلاً لينزى بسبه ، يجوز ذلك ، ولا أجر فيه وكذا النائحة والمغنية . . وان استأجر لمسلم ذمياً ، لبيع الخمر أو الميتة أو الدم ، لم يجز ، لو ورد النهي من ذلك (٢) . "

وفي البدائع : " لا تجوز اجارة الاماء للزنا ، لانها اجارة على المعصية (٣) .

(١) الزيلعي ج ٥ ص ١٢٥ . (٢) الفتاوى الخانية ج ٢ ص ٣٢٢ .

(٣) البدائع ج ٤ ص ١٩٠ .

وجاء في مختصر الطحاوي "ومن كان له عصير فلا بأس عليه فبيعه
بيعه ، وليس عليه أن يقصد بذلك إلى من يأمنه أن يتخذ خمرًا دون
من يخاف ذلك عليه ، لأن العصير حلال ، فبيعه حلال ، كبيع
ما سواه من الأشياء الحلال ، مما ليس على بائعها الكشف عما سيفعله
المشتري فيها ، وإنما جاز هذا العقد إذا لم يذكر فيه صراحة ولا ضمنا
أن يتخذ المشتري خمرًا ، فالبيع في هذا الحال صحيح ، ولو اتخذ
المشتري بعد ذلك خمرًا (١) .

وهكذا نرى المذهب الحنفي لا يعتد إلا بمشروعية محل العقد ، مادام
لم يرد في صيغته ، أو لم يمكن أن يستخلص من محل العقد ما يسفر عن
الباعث صراحة أو ضمنا .

هذا ، وعلماء الحنفية مجمعون على أنه لا يجوز التعاون على الأثم
والمعصية ، ولكن الخلاف بين الأمام وصاحبه فيما تقوم به المعصية فالأمام
يرى أن الباعث مادام لا يوجد ما يسفر عنه صراحة لا يعتد به ، فليتنظر
إلى محل العقد ، فإذا أقامت المعصية بذاته فلا يجوز العقد عندئذ ،
أما إذا لم تقوم المعصية بعينه ، فيجوز .

أما أصحابان فقد جازوا المحل ، ونظروا إلى الباعث غير المشروع
وقالا بالكراهية كما في التحايل على إسقاط الشفعة ، وكما في بيع
العينة .

جاء في الاختيار (١) : وتكره الحيلة في إسقاط الشفعة قبل وجوبها
عند أبي يوسف لأنه منع من وجوب الحق ، وتكره عند محمد ، لأنها

(١) المرجع السابق - ص ٢٨٠ .

(٢) الاختيار لتعليل المختار ج ٢ ص ٦٨ .

شروع لدفع الضرر ، والحيلة في اسقاط الزكاة على هذا " .
" تحليل الامام محمد صريح بأن الكراهة للتعسف ، لأن في اسقاط
الشفعة منافاة لقصد الشارع ، فاذا شرعت الشفعة لدفع الضرر ، فاسقاطها
عن طريق التحايل بأمر ظاهر الجواز يفضي الى الاضرار ، وهو مناقضة
لقصد الشارع ، وكذلك اسقاط الزكاة .

ويوجه عام ، فان المذهب الحنفي لا يقيم كبير وزن للبائع غير
المشروع بعد أن يكون محل العقد مشروعا ، لا تقوم معصية بذاته ، فمن
ذلك ما جاء في الزيلعي :

" وجاز بيع العصير من خمار ، لأن المعصية لا تقوم بعينه ، بل
بعد تغييره ، بخلاف بيع السلاح من أهل الفتنة ، لأن المعصية تقوم
بعينه ، فيكون اعانة لهم وتسببا ، وقد نهينا عن التعاون على العدوان
والمعصية ، ولأن العصير يصلح لأشياء كلها جائز شرعا فيكون الفساد الى
اختياره " .

فالنص صريح في أن العبرة بمحل العقد ، وتوافر شروطه أو فواتها
ولا ينظر الى البائع غير المشروع ، ولو قامت القرائن على وجوده ، فكأن
المشتري خمارا قرينة قوية في الدلالة على البائع غير المشروع ، وهو اتخاذ
خمار ، ومع ذلك ، لم يتلفت اليه .

لا يقال ان السلاح في ذاته ليس بمعصية ، فلم يأخذ حكم العصير ،
لأننا نقول انه امكن استخلاص البائع من طبيعته ، ولأنه تعين طريقا
للمعصية في هذه الحال .

هذا ، ويعتمد بالبائع غير المشروع في المذهب الحنفي اذا نص عليه

صراحة على سبيل الشرط فيبطل العقد ، من ذلك ما جاء في ابن
عابد بن : " لا تصح الاجارة لأجل المعاصي ، مثل الغناء والنوح
والملاهي ، ولو أخذ بلا شرط يباح " (١) .

ويجوز للامام الكاساني تطبيقا فيما يمكن استخلاص الباعث غير المشروع
من طبيعة محل العقد ، وحكمها عدم الجواز ، منها ما جاء في البدائع
" وأما القرد — أى شراء القرد — فعن أبي حنيفة / رضي الله عنه /
روايتان في جوازه وعدم جوازه . وجه رواية عدم جوازه ، أنه غير منتفع
به عروفاً ، فلا يكون مالا كالخنزير ، وجه رواية الجواز ، أنه ان لم يكن
منتفعا به بذاته يمكن الانتفاع بجلده ، فكان بالنظر الى جلده ، مالا ،
وجاز لذلك شراؤه ، والصحيح عدم الجواز ، لأنه لا يفتري للانتفاع —
بجلده عادة ، بل للهويسه ، وهو حرام ، فكان هذا بيع الحرام
للحرام ، وأنه لا يجوز " . وهذا واضح في أن النظر منصب على محصل
العقد وشروطه لا الى الباعث . الا اذا كان جزءا من صيغة العقد

٢ — مذهب الامام الشافعي :

ياخذ الامام الشافعي — رحمه الله — بالنزعة الموضوعية ،
فيذهب الى أن العقود والالتزامات لا تؤثر فيها البواعث النفسية الخفية
فالسبب هو الايجاب والقبول ، وهما علانيان ، وأهلية التعاقد لا نزاع فيها
وصحلية العقد قابلة ^{للمنفعة} ، فلم يبق الا القصد المتيقن بالعقد — أى الباعث
ولا تأثير له في بطلان الاسباب الظاهرة (٢) — لأن الباعث لا يؤثر في
اقتضاء السبب حكمه .

(١) رد المختار ج ٥ ، ص ٣٥ — ٣٦ (٢) اعلام الموقعين ج ٣
ص ١٧٢ — ١٧٣ .

تطبيقات على النزعة الموضوعية في الفقه الشافعي ، فيما يتعلق بفكرة
الباعث يقول الامام الشافعي في كتابه الأم : " أصل ما اذهب اليه
أن كل عقد كان صحيحا في الظاهر ، لم أبطله بتهمة ولا بعادة بيِّن
المتبايعين ، وأجزته بصحة الظاهر ، وأكره لهما النية إذا كانت النية
لو أظهرت كانت تفسد البيع ، وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على
أن يقتل به ، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل به
ظلمًا ، لأنه قد لا يقتل به ، ولا أفسد عليه هذا البيع ، وكما أكره للرجل
أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمرا ، ولا أفسد عليه البيع إذا باعه
إياه ، لأنه باعه حلالا ، وقد يمكن ألا يجعله خمرا أبداً ، وفي صاحب
السيف ألا يقتل به أحدا أبداً ، ولو نكح رجل امرأة عقدا صحيحا وهو
ينوي ألا يسكنها الا يوما أو أقل أو أكثر لم أفسد النكاح ، وإنما أفسده
أبدا بالعقد الفاسد " (١) .

وهكذا يفسر الامام الشافعي الشريعة تفسيراً مادياً على الظاهر
لاعلى ما بطن (٢) . ويقول في موضع آخر : " غير أنهما إذا عقدا
النكاح مطلقا لاشروط فيه ، فالنكاح ثابت ولا تفسد النية من النكاح
شيئا ، لأن النية حد يث نفس ، وقد وضع عن الناس ما حدثوا به أنفسهم
وقد ينوي الشيء ولا يفعله ، وينوي ويفعله ، فيكون الفعل حادثا غير
النية ، وكذلك لو نكحها ونيته ونيتها ، أو نية أحدهما دون الآخر ، أن
لا يسكنها الا قدر ما يصيبها ، فيحللها لزوجها ، ثبت النكاح . . . ما لم
يقع النكاح بشرط يفسده " (٣) . وهذه النصوص تدل صراحة على

(١) الام للشافعي ج ٣ ص ٦٥ .

(٢) الشافعي للأستاذ الشيخ ابي زهرة : ص ٣١٢ - ٣١٨ .

(٣) الام ج ١ ص ٧١ .

تشدد الامام الشافعي في تسكه بالظاهر " فهو لا يحكم على العقود من حيث آثارها وأوصافها بحسب أغراض المتعاقدين ودوافعهم التي لا تذكر وقت العقد ، وإن كانت بينة من أحوالهما " (١) فلا يعتد الا بصيغة العقد وما تضمنته عبارته ، ولا يلتفت الى القرائن وملابسات الاحوال ، ولو كانت تدل دلالة قوية على أنه اتخذ ذريعة لأمر محرم ، بل يحكم بصحة العقد ، وفي هذا يقول الامام الشافعي " يبطل حكم الزكأن من الذرائع في الهبوع وغيرها ، ويحكم بصحة العقد (٢) " .

٣ — مذهب الحنابلة :

يأخذ الحنابلة بالنزعة الذاتية ، فيعتد بالبائع غير المشروع ولو لم تتضمنه صيغة العقد ، فإذا تبين ذلك أبطل به العقد ، مادام قد اتخذ العقد وسيلة الى أمر غير مشروع ، لأن في تنفيذه اعانة على المعصية والعدوان ، وذلك منهي عنه بالنص . ولا يشترط — لابطال التصرف في العقود — اذا تبين أن البائع عليه غير مشروع سوى علم الطرف الآخر بهذا الباعث ، ضمانا لاستقرار التعامل ويقول ابن القيم : " القصد روح العقد ، صحة ويبطله ، فاعتبار القصور في العقود أولى من اعتبار الالفاظ ، فان الالفاظ مقصودة لغيرها ومقاصد العقود هي التي تراد لأجلها ، فإذا الفيت ، واعتبرت الالفاظ التي لا تراد لنفسها ، كان هذا الفالما يجسب اعتباره ، واعتبارا

(١) الشافعي ص ٣١٧ وما بعدها للاستاذ الشيخ أبي زهره .

(٢) الأم : ج ٤٢ — ٢ ص ٢٦٨ و ج ٦ ص ١٩٩ .

لما يجب الغاؤه (١) .

ويقول في موضع آخر مؤكدا أعمال البواعث في التصرفات ، وان

ذلك من قواعد الشريعة التي لا يجوز هدمها .

" قاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها : أن المقاصد والاعتقادات

معتبرة في التصرفات والعبارات ، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات

فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالا أو حراما أو صحيحا أو فاسدا (٢) .

فكرة الباعث ترد قيда على الإرادة أو على التصرف الإرادي

محافظة على مقصود الشرع :

ومن أجل هذا ، كانت فكرة الباعث عند الذاتيين خصبة مشوة ، تقيد

الإرادة في كل تصرف ، لتحافظ على مقصود الشرع .

ضابط الباعث :

على أن الباعث هو عامل نفسي ذاتي ، يختلف باختلاف الأشخاص

وهو أمر خارج عن نطاق التعاقد ، لأنه من ضابط له ، حتى لا يكون

سببا في تزعزع المعاملات وعدم استقرارها .

ولذا رأينا الفقهاء مختلفين في ضبطه ، فمنهم من اشترط أن يكون

منصوصا عليه في صلب العقد ، وهم الشافعية والحنفية كما رأينا . ومنهم

من لم يشترط ذلك ، بل اكتفى بعلم التعاقد الآخر . أو بوجود قرائن

يفترض معها هذا العلم ، وهذا هو مذهب الحنابلة والمالكية ، ومنهم

(١) اعلام الموقعين : ج ٣ ص ٨٢ .

(٢) المرجع السابق ص ٨٤ .

من اكتفى بمظنة الباعث البعيدة ، فلم يشترط وجود الباعث فيفسر المشروع في كل معاملة من المعاملات التي يكثر فيها هذا القصد .
اكثافا بالكثرة دون غلبة الظن ، عملا بالاحتياط الذي يوجب اعتبار هذه الكثرة في مرتبة الامور الظنية الغالبة (١) كما قدمنا .
تطبيقات فكرة الباعث في المذهب الحنبلي

وجاء في كشف القناع

" ولا — أى لا يصح — بيع سلاح ونحوه في فتنه ، أو لأهل الحرب أو لقطاع طريق إذا علم البائع ذلك من مشتريه ، ولو بقرائن ، لقولهم تعالى : " ولا تعاونوا على الاثم والعدوان " ويصح بيع السلاح لأهل العدل ، لقتال البغاة ، وقتال قطاع الطريق ، لأن ذلك معونة على البر والتقوى (٢) .

وجاء فيه ايضا " ولا يصح بيع ما قصد به الحرام ، كعنب وعصير لمتخذهما خمرًا ، وكذا زبيب ونحوه (٣) .

- (١) وهذا هو رأى الامام مالك ، توسعا منه في أعمال الباعث غير المشروع ، باعتبار وجود مظنته البعيدة — المواقفات ج ٢ ، ص ٣٦١ وما بعدها .
- (٢) كشف القناع ج ٣ ص ١٤٦ . أنظر كيف يجعل فقهاء الحنابلة من قوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان " قاعدة عامة تنقيد بها الحقوق سلبا — وإيجابا ، كما يجعلونها قيда يرد على الجمومات ، تحريسا لبقصد الفاعل ، ويحتكون اليها في خلافهم مع غيرهم من فقهاء المذاهب الأخرى .
- (٣) كشف القناع ج ٣ ص ١٤٦ .

وفي المغني لابن قدامة —

• "بيع العصير ممن يتخذه خمرًا باطل •"

• "وجملة ذلك أن بيع العصير لمن يعلم يقينًا أنه يتخذه خمرًا حرام •"

ولنا قول الله تعالى • "ولا تعاونوا على الأثم والعدوان •" وهذا

نهى يقتضي التحريم • والقرينة حالية •

وروى عن النبي — صلى الله عليه وسلم — أنه لعن في الخمر عشرة

ولأنه يعقد عليها لمن يعلم أنه يريد ها للمعصية • فأشبهه اجارة أمته

لمن يعلم أنه يزني بها • والآية (١) مخصوصة بصورة كثيرة • فيخص

منها محل النزاع بدلنا • وقولهم تم البيع بشروطه وأركانه • قلنا :

ولكن وجد المانع منه • أي الباعث غير المشروع مانع — وإذا اجتمع

القتضي والمانع قدم المانع •

• "إذا ثبت هذا • فإنما يحرم البيع ويبطل إذا علم البائع قصده

المشتري ذلك • أما بقوله • وأما بقرائن مختلفة به تدل على ذلك (٢) •

فأما أن كان الأمر محتملاً • مثل أن يشتريها من لا يعلم حاله • أو من

يعمل الخل والخمر معا • ولم يلفظ بما يدل على ارادة الخمر • فالبيع

جائز • إذ لا قطع مع الاحتمال وإذا ثبت التخدير فالبيع باطل • وهكذا

الحكم في كل ما يقصد به الحرام • كبيع السلاح لأهل الحرب • أو لقطاع

الطرق • أو في الفتنة • وبيع الامة للغناء • أو اجارتها كذلك • أو

(١) أي قوله تعالى : "وأحل الله البيع وحرم الربا" وهي الآية

التي تسمى بها أصحاب النزعة الموضوعية في تصحيح العقد

إذا لم يرد في صيغة العقد ما يدل عليه •

(٢) المغني ج٤ ص ٢٢٢ لابن قدامة — راجع اعلم الموقعين ج ٣ ص ١٢٨ — ١٣١ لابن قيم الجوزية •

اجارة داره لبيع الخمر فيها ، أو لتتخذ كنيسة أو بيت نار وأشياء
ذلك ، فهذا حرام ، والعقد باطل لما قدمنا .

وقد نص الامام أحمد على مسائل نهي بها على ذلك ، فقال في القصاب
والخباز : " اذا علم من يشتري منه أن يدعو عليه من يشرب المسكر لا يبيعه
ومن يخطر الاقداح لا يبيعها من يشرب فيها ، ونهى عن بيع الديباج
للرجال ، ولا بأس ببيعه للنساء " ، وروى عنه " لا يبيع الجوز من الصبيان
للقمار " .

" وعلى قياسه البيض ، فيكون بيع ذلك كله باطلا (١) .

٤ — المذهب المالكي :

جاء في المواقات للامام الشاطبي " انما الاعمال بالنيات —

" والمقاصد معشيرة في التصرف من العبادات والعبادات (٢) وأورد
الادلة من الكتاب والسنة والمعقول على هذا الأصل .

— هذا والامام مالك يعمل الباعث غير المشروع في التصرف ، ولكن
لا يبطله اذا تبين الباعث بل يحول دون أثره كما يذهب الى اعتبار ما يؤدي
اليه التصرف من المحظور في الكثرة من الاحوال ، ولم يصل ادائه الى
المفسد في الغالب من الظن ، فضلا عن القطع — مظنة للباعث غير
المشروع ، عملا بالاحتياط والتحرز عن الفساد ، لأن الصريحة قامت
على الأخذ بالحزم والاحتياط (٣) .

(١) المغني ج ٤ ص ٢٢٣ لابن قدامة ، كشاف القناع ص ١٤٦ ج ٢

(٢) ج ٢ ص ٣٢٤ (٣) المواقات ج ٢ ص ٣٢٣ للشاطبي

وراجع كتاب مالك ص ٤١٢ للاستاذ الشيخ أبي زهرة .

وهذا يختلفه الامام مالك عن الامام الشافعي من حيث أن الاول يعتبر
التصرف صحيحا ، ولكن يرى وجوب اخراج الملك من المشتري ، خلافا
للشافعي الذي يرى بطلان التصرف .
تطبيقات فكرة الهاء في الفقه المالكي

جاء في التبصرة لابن فرحون في مسائل البيوع .
" ويمنع المسلمون من بيع آلة الحرب ، يعني من الحربيين ، والعنب
لمن يعصره خمرا (١) " .
ويقول في موكيد هذا المنع : " ويؤدب من يبيع آلات اللهو ،
ويفسخ البيع ، ويكسر ويؤدب أهل ذلك (٢) " .
غير أن الهاء غير المشروعة إذا اقتضى المنع في مذهب المالكية ، لكن
يبدو أن العقد ينعقد ثم يفسخ ، درء للنفسدة ، كما جاء في النص
السابق من التبصرة .
هذا ، وجاء في الخطاب : " بيع العنب لمن يعصره خمرا ، ويمنع
ثياب الحرير من يلبسها غير جائز " (٣) .
فهذا النص يقضي ببطلان الالتزام ، بينما النص السابق لا يجيز استدامة
آثاره ، لما يترتب عليه من مفسد وآثام .
وجاء في المدونة : " وكذا بيع الخشب لمن يستعملها سليما ، ويمنع
العنب لمن يعصره خمرا على أحد قولين ، كما يحرم بيع السلاح لمن يعلم
أنه يريد به قطع الطريق على المسلمين ، أو إثارة الفتنة بينهم ، كما
لا يجوز في مذهب مالك بيع الجارية المملوكة من قوم عاصين يتسامحون

(١) التبصرة ج ٢ ص ١٤٧ لابن فرحون (٢) المرجع السابق .
(٣) شرح الخطاب ج ٣ ص ٢٦٣ - ٢٦٤ .

في الفساد ، وعدم الغيرة ، وهم آكلون للحرام ، ويطعمونها منه (١) وفي الشرح الكبير للدردير والدسوقي عليه :
" ويمنع بيع كل شيء علم أن المشتري قصد به أمرا لا يجوز ، كبيع جارية لأهل الفساد وبيع أرض لتتخذ كنيسة أو خمارية ، وبيع خشبة لمن يصنعها صليبا ، وبيع العنب لمن يحضره خمر ، والنحاس لمن يتخذ ناقوسا ، وكذا يمنع أن تباع آلة الحرب للحربيين ، كسلاح أو كراع وسرج وكل ما يتقوون به في الحرب ، من نحاس أو خنا أو ماعون ، ويجبرون على اخراج ذلك من ملكهم ، ولا يفسخ البيع " .

وقال ابن رشد : " والخلاف في هذا مقيد بما إذا علم البائع أن المشتري يفعل ذلك ، أما إذا لم يعلم ، ثم ظهر أنه يفعل ذلك ، فإن البيع لا يفسخ بلا خلاف ، ولكن يجبر المشتري على اخراجه من ملكه ببيع ونحوه " .

يستخلص من هذه النصوص فيما يتعلق بأعمال الباعث غير المشروع في المعاولات غند المالكية وجهتان من النظر :
الاولى : ان العقد لا يتعقد بتأثير الباعث غير المشروع إذا علم من الطرف الآخر كما جاء في الخطاب .

الثانية : ان العقد يتعقد ، ولكنه واجب الفسخ ، إذا لم يعلم البائع بقصد المشتري ، بل يجبر هذا على اخراجه من ملكه ، فأراء الفقهاء في هذا المذهب تتروك بين الأخذ بالنزعة الموضوعية والذاتية ، ولكننا نرجح أن المذهب المالكي أميل الى الأخذ بالنظرية الذاتية لما يُلحظ :

أولا : ان المحققين من أصولي المذهب المالكي ، قد حملوا —
النزعة الذاتية وأفاضوا القول فيها ، وأقاموا الادلة على أصالة هذا —
المبدأ في الشريعة ، وهو الذي يتفق ومقاصدها الأساسية ، ولم يقصروا
أثر البواعث على العبادات ، بل برهنوا على شمول الأثر للعبادات والمعاملات
وأوجبوا — ليكون التصرف سليما نافذا — ان يكون قصد المكلف في العمل
موافقا لقصد الله في التشريع ، ويقصد هنا ما يشمل الباعث .

يرشدنا الى هذا ، أقامتهم الادلة على ابطال نكاح التحليل ، الى
جانب أقامتهم الحجج على ابطال بيع الآجال التي يقصد بها تحقيق
الربا ، كما في بيع العينة ، وبينوا مناقضة قصد المكلف لقصد الشارع في
التحليل على اسقاط الزكاة عن طريق الهبة قرب نهاية الحول ، وعلى
هذا ، فقد شمل اعمال الباعث غير المشروع نكاح التحليل ، وقصد
المعاوضات والترعات على سوا (١) .

ثانيا : ان المذهب المالكي ، هو أكثر المذاهب تقهية توسعا فسي
تطبيق مبدأ الذرائع (٢) وهو مبدأ يتجما تجاهير :

الاول : اتجاه الى الباعث على التصرف .

ثانيا : اتجاه الى مآل التصرف .

فكيف يتفق القول بأنه مذهب موضوعي النزعة ، مع اعتباره مبدأ مستند
الذرائع أصلا هاما لاستنباط الاحكام في تقهيه ، حتى صار يعرف تقهيه .

•

(١) الموافقات : ج ٢ ص ٣٢٣ ، وص ٣٣١ وص ٣٣٣ وما بعدها .

(٢) الموافقات ج ٤ ص ٢٠٠ وما بعدها ، على ان الامام الشاطبي
لا يجعل التحليل من الذرائع بل يجعل التحليل قسما خاصا
ما يدل على تاصل النزعة الذاتية في أصول مذهب المالكية .

ثالثا : قال الامام مالك : بتوريث كل مهانة في مرض الموت ، ولو لم يتبين له الباعث غير المشروع في كل حادثة على حدة ، وهو حرمانها من الارث ، اكتفاء بهذه المنظمة ، وهي مرض الموت اعداما لهذا التصريف في ذاته في هذا الظرف ، سدا للذريعة ، واحتياطا لدرء الفسدة ، وتطبيقا لنظرية التعسف في اوسع مدى ، بناء على القصد الكلي مسن .
اعتبار المصالح في الأحكام .

فكرة الباعث وضابطه في التبرعات

اتفق الفقهاء على أن عبارة التبرع اذا تضمنت ما يدل على أن الباعث عليه أمر محظور ، لا ينشأ الالتزام ، لأنه التزام محرم ، وكل محرم باطل .
فالوصية بالمحظور كالوصية بمال يشتري به خمر ، أو للنواح ، أو —
كالوصية لعابدين الوثنيين (١) باطلة ، لأن هذا الالتزام الانفرادي —
تحقق سرا ، فيكون باطلا .
أما اذا لم تتضمنه العبارة ، فيجوز فيه الخلاف الذي جرى في عقود —
المعاضات على ما بينا آنفا .
غير أنه فيما يتعلق بضابط الباعث غير المشروع في التبرعات ، لا يشترط فيه وجوب علم الطرف الآخر ، كما في العقود ذات الطرفين ، بل لا يتصور اشتراطه ، لأن التبرع التزام انفرادي من طرف واحد ، وليس له طرف آخر تتوقف نشأته عليه ، وليس مكلفا باداء التزام مقابل .
ومن ذلك أيضا ، وصية الضرار ، فاذا تبين أن الموصي يقصد بوصيته الاضرار بورثته ، بطلت وصيته ، لأن الاضرار بالورثة أمر محرم محظور .

(١) المغني : ج ٢ ص ٣٣١ .

نظرية العقد في الفقه الاسلامي

تمهيد :

ان الباحث في الفقه الاسلامي القديم ، يجد أن العقود المسماة كالبيع ، والاجارة ، والاعارة ، والرهن ، قد بحثت نظما وأحكاما فروعية ، فكل عقد فصلت أحكامه على حدة ، ولا تجد فيه بحثا يتناول " الأحكام العامة " التي تشمل هذا العقود جملة ، مما يطلق عليه اليوم ، " نظرية العقد " .

غير أن هذا لا يعني أن الفقهاء القدامى لم يتجهوا الى تأصيل " الكليات " بل على العكس من ذلك ، وجدنا فريقا منهم ، يولي هذه " الكليات " اهتماما بالغاً وعناية كبرى تركت آثارها في مصنفاتهم التي تتسم بالدقة والسعة والعمق والشمول ، من مثل كتب " القواعد " (١) .

غير أن هذه " القواعد " لم تبلغ مستوى " النظريات العامة " على الرغم مما تنطوى عليه من قيمة علمية قيّمة ، بما هي صبان لأحكام العقد وأصول تفسيرها .

وعلى الرغم من أن الفقهاء القدامى لم يتناولوا بالبحث " النظريات العامة " ، بما كانوا يتناولون الفقه مسألة مسألة ، ويحتكمون الى منطق العدل في التشريع في حكم كل منها على حدة ، اعتقادا منهم بأن تحكيم " المفاهيم الكبرى " في انتاج الحلول لهذه المسائل

(١) من ذلك كتاب الأشباه والنظائر — للسيوطي — ولاهين نجيم وكتاب " القواعد " لاهين رجب الجنبلي ، وقواعد الاحكام ، لاهين عبد السلام ، والفروق ، للقرافي .

فإذا ما صدرت وصية مثلاً ، وجب البحث عن الباعث الذي دفع الموصي إلى الإيصاء ، وذلك بالنظر فيما اشترطه ، وما صدر عنه أقوال ، وما احتجف بالتصرف من قرائن ، فإذا تبين أن الباعث منافع المقصد المصحح ، كانت النية باطلة ، وإذا كثرت البواعث فالمعقول عليه هو الباعث الرئيسي . وكذلك هبة المال قرب نهاية الحول ، لاسقاط الزكاة (١) ، لأن الباعث عليها منافع المقصد الخارج .

ومع ذلك ، إذا كان التبرع موجهاً إلى شخص معلوم ، لزم أن يكون بحيث يستطيع أن يعلم بسبب ذلك الباعث ، وإن لم يكن عالماً به فعلاً (٢) ، كما في الهداء القترض إلى القرض إذا لم تجر له بذلك عادة . هذا ، وقد رأينا أن الفقه الإسلامي يكتفي في أعمال الباعث غير المشروع في بطلان عقود المعاوضات بمجرد العلم أو افتراضه أو مظنة المصلحة ، فكان بذلك الخصومة ، وأوسع مجالاً في تطبيق فكرة الباعث التي هي بدورها تطبيق لنظرية التعسف في معظم جوانبها . أما فيما يتعلق بالباعث في التبرعات ، فلا يشترط علم الطرف الآخر ، لأن الالتزام ينشأ بإرادة منفردة ، ولا يتوقف في نشأته على إرادة طرف آخر . ومع ذلك إذا كان موجهاً إلى شخص معلوم ، لزم أن يكون ذلك الشخص بحيث يستطيع أن يعلم بسببه .

(١) المرجع السابق ص ٣٨٥ - ٣٨٦

(٢) التصرف الانفرادي ص ١١١ للاستاذ الشيخ علي الخفيف .

المتجددة قد يجاني منطق العدل أحيانا ، أقول على الرغم من ذلك كله ، فإنه من الممكن استخلاص " أحكام عامة " لجميع العقود من هذا المنطق ، فربما ينبغي ، وهذا ما وقع فعلا في بحوث بعض المحدثين والمعاصرين .

أضف الى ذلك ، ان من الفقهاء القدامى من أشار الى بعض (معايير) نظرية العقد في مقدمة بحث " البيع " (١) .
أهمية نظرية العقد :

ان بحث نظرية العقد من الأهمية بمكان ، ذلك ، لأن على أحكامها تدور معظم " المعاملات " في الشريعة الاسلامية بل وفي كل تشريع ، لذا كانت متشعبة الاطراف ، تقصر هذه الدراسة المقررة عن استيعابها تفصيلا ، من أجل ذلك سنقصر بحثنا على الأحكام الأساسية لهذه النظرية .

البحث الأول

في التعريف بالعقد

تعريف العقد فقها :

لم يتفق الفقهاء المسلمون على اطلاق لفظ " العقد " (٢)
على مفهوم موحد .

(١) فتح القدير : ج ٥ ، ص ٢٤ وما يليها ، للكمال بن الهمام
بدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص ١٣٣ وما يليها ، للكاساني ،

فجمهور الفقهاء يطلق " العقد " ويريد به كل ما ينتج التزاما
شرعيا ، سواء أكان هذا " الالتزام " ناشئا عن اتفاق بين طرفين ، أم
كان نتيجة لارادة الشخص الواحد ، وعزمه الجبرم على انشاء التزام شرعي
معين يلزم به نفسه ، كالوقف والوصية واليمين .
وعلى هذا شمل " العقد " ما هو أعم من اتفاق ارادتين ، مسن
التصرف الانفرادى الذى ينشئ " التزاما يخصص المتصرف نفسه وحده .

== تبين الحقائق — باب البيوع ، للزيلعي ، المعنى ج ٣ ص ٥٠٣

وما يليها ، لابن قدامه ، ابن عابدين ، ج ٤ — ٩ — ١٠ .

الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٤ وما يليها ، الهداية ، ج ٣ ص ١٦

وما بعدها للمرفعاني

(٢) العقد لغة الربط بين أطراف الشيء ، حسيما ، يقال عقدت الحبل

إى ربطت بين طرفيه .

ويطلق أيضا على الاحكام — بكسر الهمزة — أى التقوية المعنوية

أو الربط المعنوى فضلا عن التقوية المادية — من ذلك " عقدة

اليمين " أى توثيقها ، وعزم الحالف على الالتزام بمقتضاها ايجادا

أو تركا ، ومنه قوله تعالى : " ولكن يؤخذكم بما عقدتم الايمان " .

— ومنه أيضا توثيق الكلام بين طرفين :

— راجع القاموس المحيط : ج ١ ص ٣١٥

— المصباح المنير : ص ٥٧٥

وهذا هو العقد بالمعنى العام .

غير أن الدقة في تفصيل الأحكام توجب التمييز بين "العقد" بالمعنى الخاص، و "التصرف الانفرادي" أو ما يطلق عليه في القانون "الارادة المنفردة" (١) .

تعريف العقد بالمعنى الخاص :

عرف بعض الفقهاء العقد بأنه : " تعلق كلام أحد المتعاقدين بالآخر شرعا ، على وجه يظهر أثره في محله " (٢) .

(١) ومن هنا سميت "اليمين" على فعل أمر في المستقبل "عقدا" عن الفقهاء ، لأن الحالف يلزم نفسه به - أحكام القرآن ج ٢ ، ص ١١٤ - للجصاص .

- هذا ، وأكثر ما نرى إطلاق العقد بالمعنى العام ، في الفقه المالكي ، والشافعي ، والحنبلي ، وأقل منه في كتب الحنفية - والعقد بالمعنى العام قريب من المعنى اللغوي .

كتاب العقود : ص ١٨ ، ص ٢٨ ، لابن تيمية .
(٢) فتح القدير : ج ٥ ص ٢٤ وما يليها ، وانظر شرح المنايا أيضا . وفي تعريفات الجرمانى : "العقد ربط اجزاء التصرف بالايجاب والقبول شرعا" . وفي البحر الرائق : "العقد شرعا ربط القبول بالايجاب ج ٥ ، ص ٢٦٢ . على أن تعريف "العقد" جاء في المجلة - في المادة ١٠٤ - وأغلب الظن أنه منقول عن شرح العناية المشار اليه ونصه كما يلي : "الانعقاد تعلق كل من الايجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع ، يظهر أثره في متعلقهما" والمتعلق - بفتح اللام المشددة - هو "محل العقد" أو العقود عليه الذي يقصد العقد لأجله .
- وهذا التعريف لا يشمل إلا "العقد" بالمعنى الخاص أى ما كان بين طرفين وهو ما أوضحته المادة ١٠٣ من المجلة أيضا .

تحليل هذا التعريف :

تعلق كلام أحد المتعاقدين بالآخر شرعا :
التعلق هو الارتباط الاعتباري أو الحكمي .
وارتباط كلام أحد المتعاقدين بالآخر هو ارتباط الإيجاب بالقبول (الصيغة)
والارتباط هو الانعقاد .

ولكن يؤخذ على هذا التعريف ، أنه قصر الصيغة المنشئة للعقد
على " الكلام " في حين أن " الصيغة " قد تكون بغيره من وسائل
التعبير عن الإرادة من الكتابة أو الإشارة ، أو البادرة الفعلية الدالة
على التراضي " كالتعاطي " فالتعريف غير جامع كما ترى .
غير أنه يمكن أن يقال : أن التعريف قد نص على ما هو الأصل فسي
عنصر التعبير عن الإرادة الباطنة ، أو الأكثر وقوعا ، ولهذا نرى أن يضاف
إلى التعريف عبارة : " أو ما يقوم مقامه " (١)

= حيث تنص على أن العقد " التزام المتعاقدين ، وتعهدهما ،
أما ، هو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول " .
(١) الراجح أن " العقد " ينعقد بكل ما يدل على الإرادة الباطنة
مادامت الأداة بينة مفصلة معهودة ، وسيأتي خلاف المذاهب فسي
" الصيغة " فمنهم من لا يجيز الانعقاد إلا بصيغة قولية مادام
المتعاقدان قادرا عليها ، ولا يجيز اللجوء إلى الكتابة ، مع القدرة
على القول ، وكان المتعاقدان حاضرين ، ومن باب أولى ألا يجيز
الإشارة إلا عند الضرورة ، بأن كان أحد المتعاقدين أعمى ، أو
معتقل اللسان . أما البيع بالتعاطي " فلا يجوز في نظر
بعض المذاهب إلا في السلع القليلة الثمن دون الغالية أو النفيسة
خلافًا لبعض المذاهب الذي يجيزه في قليل الثمن وغالبه وسيأتي
تفصيل ذلك .

والتعريف ان يجعل جوهر العقد " ارتباط ايجاب (١) أحد المتعاقدين بقبول الآخر ، يخرج التصرف القولي الانفرادي الذي ينشئ التزاما على صاحبه وحده ، لأنه يتم بإرادته المنفردة دون توقف على إرادة آخر ، كالوقف على جهة بر مثلا ، حقيقة الايجاب والقبول في فقه المذاهب هذا ، والايجاب في فقه الحنفية هو : " ما يصد رأولا (٢) من أحد

(١) والايجاب لغة هو الاثبات ، من أوجب على نفسه أى أثبت وألزم وهذا هو معنى الالتزام .

— وهذا المعنى اللغوي لا يبعد عن المعنى الفقهي ، لأن الموجب يثبت على نفسه مضمون قوله ، ويلتزم به ، اذا انقسم قبول الآخر الى ايجابه هذا ، وكان موافقا له .
— والقبول لغة بمعنى التصديق والموافقة والرضا والاقرار والرغبة يضمنون الايجاب السابق ، بجميع عناصره ، ورضاء هذا هو أساس التزامه في مقابل التزام الاول ، اذا استوفى شرائطه .
— فالمعنى اللغوي لا يبعد عن المعنى الفقهي كما ترى .

(٢) فتح القدير : ج ٢ ، ص ٢٤٤ — للكمال بن الهمام — الفرق

ج ٢ ، الفرق الثالث للقرافي .

— اما الشافعية ومن معهم فيرون أن " الايجاب " هو ما يدل على " التملك " سواء صدر متأخرا أم مقدما ، والقبول هو ما يدل على " التملك " ولو صدر أولا ، على ما سيأتي تفصيله .
— نهاية المحتاج : ج ٢ ، ص ٢٢ ، للرملي .

طرفي العقد معبرا به عن ارادته الجازمة سواء كان " المالك " أم " الممتلك " ذلك لأن الحنفية يرون أنه لا يتصور أن يكون متقدما ، لأن ما يتقدم هو الايجاب ، سواء أكان صادرا من المشتري ، أم من البائع ، في عقد البيع مثلا ، أم كان صادرا من الزوجة أم من الزوج في عقد الزواج ، وهكذا . وأيضا لا يتصور تعاصر الايجاب والقبول ، بل لابد من تعاقبهما ، حتى لو تعاصرا لم ينعقد العقد (٢) .

(٤) والقبول " ماصدا ثانيا (٣) من الطرف الآخر ، معبرا عن ارادته الجازمة أيضا في الموافقة على جميع ما تضمنه الايجاب من عناصر ، لتتم المطابقة بينهما . وهذا الارتباط الحكمي هو " الانعقاد " ، غير أن هذا الارتباط لا يعتبر قائما الا اذا كان على وجه مشروع (٥) ويتحقق الارتباط شرعا بما يأتي

- (١) البحر الرائق : ج ٥ ص ٢٦٢ .
- (٢) المرجع السابق ، مجمع الأنهر ، ج ٢ ، ص ٤
- (٣) المراجع السابقة — وراجع أيضا فتح القدير ج ٥ ، ص ٧٤ للكمال بن الهمام .
- (٤) التعبير بالارادة الجازمة هنا ، لتفي التردد ، والوعد نفسي المستقبل ، أو التعليق الحقيقي على شرط في المستقبل ، على خطر الوجود والعدم ، أو بالاحرى ، لاخراج ما لا يفيد انشاء العقد في الحال جزما .
- وقد أشرنا الى عبارة ابن تيمية التي لخص فيها مبدأ التعاقد — المشروع المنتج آثاره بقوله : " لابد في العقد من رضا التعاقدين وموافقة الصريح " — الفتاوى ج ٣ ص ٣٢٦ — وقد شرحنا هذا المبدأ في مؤلفنا " الحق ومدى سلطان الدولة في تهديده " ص ٤٣٣ وما يليها .

أولا : أن يكون " العقد " مستوفيا مقوماته (١) من الأركان ،
 وشروط الانعقاد ، وكذلك شروط الصحة ، خلافا للحنفية (٢) .
 ثانيا : أن يكون سببه مشروعا ، بمعنى أن " الباعث " على التعاقد
 يجب أن يكون مشروعا أيضا ، حتى لا يتخذ " العقد " أو التصرف المشروع
 في ذاته ، وسيلة لتحقيق غرض غير مشروع ، يهدم مقاصد التشريع .
 — فإذا ثبت " التذرع " بالعقد لتحقيق غرض غير مشروع ، ولو نفسي
 الغالب من الظن بطل العقد ، وأصبح معدوما في نظر الشارع ، لأثر
 له ، على الرغم من استيفائه لصورة العقد أو التصرف المشروع ، لأن
 المعدوم شرعا كالمعدوم حسا ، وهذا بالاجماع ، وإنما الخلاف في تحقيق
 مناط التذرع (٤) .

- (١) المقومات أهم من الأركان ، لأن " الركن " ما كان جزءا من ماهيته
 الشيء ، ومكوناته الذاتية ، بحيث توجد الماهية بوجوده ، وتنتفي
 بانتفائه . — أما المقوم فيشمل إلى ذلك الشرط ، الذي يتوقف
 الشيء على وجوده ، ولكنه خارج عن ماهيته .
- (٢) إذا أختل شرط الصحة فالعقد منعقد عند الحنفية ولكنه فاسد
 يستحق الفسخ .
- (٣) يقصد بالباعث : الدافع النفسي الذي يحرك إرادة المنشيء . —
 للتصرف ، ويوجهها إلى تحقيق غرض غير مباشر ، فضلا عن الغرض
 المباشر للتصرف ، وهو ما يسمى " الغرض المصلحي " . هذا والغرض
 غير المباشر عقد يكون مشروعا ، وقد لا يكون فإن كان غير مشروع ،
 دليل المقدم باتخاذ ذريعة إلى ذلك ، تحيلا على مقاصد الشريعة ، لهضم
 حق أو هدم واجب وسبب البطلان هنا مناقضة أو مضادة قصد المتصرف
 لقصد الشارع في التشريع . — راجع مؤلفنا : الحق ومدى سلطان
 الدولة في تقييده ص ٤٣٣ ، وما يليها ، وهو الكتاب الذي نال درجة
 الامتياز بدرجة الشرف الأولى .
- (٤) سيأتي بحث ذلك في نظرية الباعث .

وذلك من مثل : " بيع العنب ممن يعتقد أنه يعصره خمرًا ، أو
بيع السلاح من البخاة أو أهل الفتنة ، لما في ذلك من تعاون على
الاثم والعدوان (١) . وهذا الأصل المعنوي العام ، قد حققه
وأصله الأئمة المحققون ، من مثل الامام الشاطبي في كتابه الموافقات
في أصول الشريعة في موضوعات عدة ، والامام ابن تيمية وتلميذه ابن
قيم الجوزية وغيرهم من الحنابلة .
ويقول الامام الشاطبي في هذا الصدد " قصد الشارع من المكلف أن
يكون قصده في العمل موافقا لقصد الله في التشريع (٢) .

-
- (١) هذا الأصل متفق عليه ، غير أن الخلاف في شروط أعمال هذا
الأصل أو بعبارة أخرى في تحقيق المناط " أى بم يثبت ويتحقق
التذرع والتحيل — الموافقات — ج ٤ ، ص ١٩٦ .
— فذهب بعضهم الى أنه يجب أن يثبت التذرع أو " الباعث "
بالقول الصريح بأن يكون منصوبا عليه في صلب العقد ، أو
مستخلصا من محل العقد ، أى يجب أن يستخلص أثبات الدافع
النفسي قضاء ، من العقد نفسه ، ولا يتعدى نطاقه فلا يجتسح
الى الاثبات عن طريق عناصر أخرى خارجة عن نطاق العقد ،
كالقرائن والملازمات ، للحيلولة دون تحكم القضاء . وهذا هو
مذهب الحنفية وقريب منه مذهب الشافعية ، وهو مذهب موضوعي
في تفسير العقد وتفسير النصوص عامة . خلافا للحنابلة الذين —
ياخذون بالقرائن أيضا ، وهذه نزعة ذاتية ، كما ترى وعلى هذا ،
فالبيد متفق عليه وإنما الخلاف في التطبيق . — المرجع السابق .
(٢) الموافقات : ج ٢ ص ٣٣١ ، للامام الشاطبي .

ثم يوضح ، أن سبب بطلان العقد بالبائع غير المشروع هو — مناقضة ومضادة قصد المكلف في التصرف والعمل والتطبيق لقصد الله في التشريع ، إذ يقول : " من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له ، فقد ناقض الشريعة ، ومن ناقضها ، فعمله في المناقضة باطل ، فما يؤدي إليها (١) باطل (٢) .

ويقول أيضا : " القصد غير الشرعي هادم للقصد الشرعي . — ويغرق الامام الشاطبي بين صورة التصرف ، والبائع أو القصد الذي يدفع إليه ، ويطلق على الأول " الظاهر " ، وعلى الثاني " الباطن " ويرى أنه لا بد أن يكون الظاهر والباطن مشروعين حتى يحكم بكون العقد أو التصرف قد تم على وجه مشروع ، صورة ومعنى ، أو شكلا ومصلحة إذ يقول : " لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح المعبود ، كانت — للأعمال (٣) .

(١) أي الوسيلة التي تدرج بها المكلف ، وهو العقد أو التصرف الصحيح

في ظاهره .

(٢) المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٢٣٣٣

— وتحقيق " البائع " غير المشروع هو من قبيل ما يطلق عليه الامام الشاطبي " التحايل " ويعرفه بأنه " تقديم عمل ظاهر الجواز ، لابطال حكم شرعي ، وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر " ثم يقول " فمآل العمل فيها — الحيطة — خرم قواعد الشريعة " أي هدمها بتحليل محرم أو إسقاط واجب .

— المرجع السابق ، ج ٤ ، ص ٣٠١ .

(٣) التصرفات .

معتبرة (١) بذلك ، لأنه مقصود الشارع فيها كما تبين ، فإذا كان الامر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية (٢) ، فلا اشكال ، وان كان الظاهر موافقا (٣) ، والمصلحة مخالفة (٤) ، فالعمل غير صحيح وغير مشروع (٥) .

وهذا عين ما أكدّه الامام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم (٦) ، اذ يقول الاول لابد فسي صحة التصرف من رضا المتصرف

(١) أى صحة وفسادا تبعاً لمشروعية المصلحة المتوخاة ، أو عدم مشروعيتها حتى لا تتناقض مصلحة المكلف ومقصد الشارع أو الغاية التي شرع التصرف من أجل تحقيقها ، لأن الشارع قد وضع الحكم والحكمة مقترنين ، — فالحكم وسيلة ، والحكمة هي الهدف فينبغي ألا تتناقض الوسيلة وما عرفت له من حكمه تشريع ، اذ لا عبرة بالوسيلة اذا تقاعدت عن الحصول مقصدها ، أو اتخذت لتحقيق مصلحة أخرى غير مشروعة لأن هذا هدم لمقاصد التشريع وهي المقاصد التي تمثل " المصالح الحقيقية " للمجتمع الانساني ، لانها أصول العدل وموجهاته . — الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، ص ١٠٠ ، للمؤلف .

(٢) فالتصرف صحيح مشروع منتج آثاره .

(٣) بأن كان التصرف مستكملاً كيانه من الأركان والشروط من حيث الصورة والشكل .

(٤) والفرض غير مشروع .

(٥) الموافقات : ج ٢ ، ص ٢٨٥ .

— وراجع أيضاً " أصول التشريع " ص ٢٨٢ وما يليها للمؤلف .

— والمناهج الأصولية بالرأى ، ص ٦٧٦ للمؤلف .

— والحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، ص ٩٠ — ص ١٠١

للمؤلف .

(٦) وهما يمثلان تطوراً في الاجتهاد على أصول الفقه الحنبلي فسي المعاملات بتوجه خاص وهو اجتهاد يتفق وروح التشريع الاسلامي ومقاصده .

وموافقة الشرع (١) .

— ويقول الامام ابن قيم الجوزية : " القصد روح العقد ، مصححه ومبطله (٢) والخلاصة أن القيد الوارد في التعريف : " على وجهه

(١) الفتاوى ، ج ٣ ص ٣٢ ، وص ٤٠ .

وهي عبارة عامة ، تشمل — فيما تشمل — الباعث وأثره على صحة التصرف ، من حيث أن مشروعية الباعث ، تعتبر أصلا قطعيا معنويا عاما ، ثابتا بالاستقراء ، ولا خلاف فيه ، فكان من عناصر النظام الشرعي العام ، لأنه من مقومات العدل وموجهاته في التشريع ، والتطبيق ، والتصرف .

— كتاب مالك : ص ٤١ للشيخ أبي زهرة .

— كشف القناع ج ٣ ، ص ١٤٦ .

— المغني : ج ٤ ص ٢٢٣ ، لابن قدامة .

— جامع العلوم والحكم ، ص ١٨ لابن رجب الحنبلي .

(٢) اعلام الموقعين : ج ٣ ص ٢٤٠ وما يليها .

— وراجع أيضا شرح القاعدة الفقهية التي تقضي أن " الأمور

بمقاصدها " مادة ٣ مجلة الأحكام العدلية .

— وراجع شرح هذه القاعدة أيضا في كتابنا : " الحق ومدى سلطان

الدولة في تقييده " ص ٤١٥ ، ص ٤٣٢ .

— وبعد هذا التحقيق في هذا الأصل القطعي المعنوي العام

الثابت بالاستقراء وتاصيل المحققين من الأصوليين والفقهائ

نرى بعض الكتّاب المحدثين يزعم أن لا وجود لهذا الأصل فسي

التشريع الاسلامي ولا أثر له ، اذ يقول : " الواقع ان الدافع أو

الباعث لم يعتبر ابدا عند الفقهاء ، حتى انهم قالوا : " ان

البيع يصح ولو ان الغرض الذي يستعمل فيه المبيع غير مشروع .

مشروع " أى " صورة ومعنى " أو مقصدا مباشرا ، وغير مباشر لمينبغي أن يكون على وفق مقصد المشرع في التشريع ، والا فلا يتم " الارتباط " أو الانعقاد شرعا (١) .

تحقيق معنى " الأثر " في تعريف العقد .

والمراد " بالأثر " حكم العقد الاصلي ، وأغايته النوعية (٢) ، بالإضافة الى الآثار الأخرى التي يطلق عليها " حقوق العقد " . وهذه الآثار الأخرى التي تسمى " حقوق العقد " هي عبارة عن الالتزامات المتبادلة بين طرفيه .

ومحل العقد ، هو " المعقود عليه " وهو يختلف باختلاف طبيعة على ماسيات تفصيله .

والواقع أن الارتباط المعتبر شرعا ، يترك أثره في المعقود عليه ، فينقله من حال الى حال أخرى جديدة حتى اذا كان العقد لا يفيد شيئا جديدا لم ينعقد ، اذ لا أثر له في المعقود عليه ، فلم ينقله من حال الى

= وهذا قول يحوز التحقيق على النحو الذى رأيت .

راجع النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ف ٤٨

للدكتور شفيق شحاته .

(١) ثمة شروط لأعمال الباعث ، لا يتسع المقام ليرادها وشرحها وتحليلها ، وأشرنا آنفا الى أن الخلاف في هذه الشروط ، لا في الاصل العام ، أو الببدأ ، كما أشرنا .

(٢) الغاية النوعية أو الحكم الاصلي لعقد البيع مثلا ، انتقال ملكية البيع الى المشتري ، أما حق البائع في الثمن فهو من حقوق العقد وليس حكمه الاصلي

حال أخرى ، بأن تعاقد زوج مع زوجته على أن ترضى أولاده منها
وتقوم بتربيتهم لقاء أجر معين ، فالعقد لا ينعقد ، لأنه لم ينفذ شيئاً جديداً
فهذا الواجب مقرر بمقتضى عقد الزواج قبل هذا التعاقد ، فلم ينتقل
محل العقد من حال إلى حال أخرى ، بل بقي الواجب كما كان قبل
التعاقد ، فالعقد اذ غير منعقد ، وكل عقد غير مفيد باطل .
- أو كان مفيداً فائدة غير مشروعة ، بأن كان محل العقد غير مشروع
كمن يتعاقد مع شخص على سرقة مال ، أو قتل شخص ، أو إتلاف زرع
فلا يتم الارتباط لعدم مشروعية محله ، وإذا لم يحصل الارتباط شرعاً
فلا يتصور أن يكون له أثر لأنه باطل ، والباطل معدوم شرعاً .
هذا ، وتعريف الفقه الاسلامي للعقد ، بأنه ارتباط ايجاب بقبول
أو ما يقوم مقامها من أدوات التعبير المادية ، وتصوير أثر العقد أو حكمه
بأنه تغيير المعقود عليه من حال إلى حال ، ينشأ عن النزعة الموضوعية
المادية الغالبة بخلاف القانون الذي عرف العقد بأنه " اتفاق " ارادتين
وهما عنصران نفسيان ، ينشئان التزامات متبادلة على عاتق طرفيه ،
فالنزعة الذاتية واضحة ، إذ اعتداده بالارادة الباطنة وأثرها في انشاء
الالتزامات الحقيقية بينة في التعريف .
- مصادر الحق - مج ١ ص ٢٢٠
- فالمبيع مثلاً ، ينتقل من ملكية البائع ، إلى ملكية المشتري ، تلقائياً
بقوة الشرع وحكمه ، وبذلك تحول المبيع نفسه من حال إلى حال ،
والمبيع عنصر موضوعي . وما يقال في المبيع ، يقال في الثمن أيضاً .
وكذلك القول في العقد تبادلي .
هذا وبحل العقد هو الذي يقصد بالعقد أصالة .

والعقد اذا تم انعقاده شرعا ، يثبت أثره أو حكمه الأصلي فسي
المعقود عليه ، فضلا عن سائر آثاره المترتبة عليه ، وهي الحقوق
والالتزامات الأخرى المتبادلة بين طرفيه .

ومن هنا ، وجب التمييز بين المفاهيم الآتية :

١ - الارتباط الاعتباري المشروع ، هو الانعقاد ، ويكون بين طرفي
العقد في موضوع العقد وأثره .

٢ - والارتباط نتيجة تلاقي وتطابق الإيجاب والقبول على وجه
مشروع .

٣ - وسجل العقد هو " المعقود عليه " الذي يقصد بالعقد أصالة
كالبيع في عقد البيع ، ومنافع المأجور في عقد الإجارة ، والعين
المرهونة في عقد الرهن .

٤ - وموضوع العقد هو الغاية النوعية لذلك العقد ، فإذا ثبتت
بتقدير حصول الارتباط الحكمي المشروع ، كانت " أثرا " للعقد .
فيثبت حق احتباس المرهون للدائن أثرا أصليا للعقد ، ويثبت انتقال
الملكية إلى المشتري بقوة الشرع أثرا أصليا لعقد البيع .
فالموضوع ، والأثر ، والغاية النوعية للعقد وحكمه الأصلي بمعنى واحد (١)

(١) القانون المدني السوري : ص ٢٠ - ٢١ للاستاذ الزرقا .
فنقل ملكية المبيع في عقد البيع ، غاية نوعية لهذا العقد ، أما في
حالة التنازع والمساومة فيطلق عليه " موضوع العقد " وبعد أن
يتم الارتباط المشروع للعقد ، أو حكمه أصليا له ، وهو حق المشتري
الذي ثبت له بقتضى العقد .
- أما أحكام العقد الأخرى ، فتتمس حقوق العقد ، من مثل :
وجوب الثمن ، وجوب تسليم المبيع ، وحق الرد بالمعيب وغير ذلك
فهى أحكام والتزامات تثبت لأعلى وجه الأصالة ، بل نبعها .

وعلى هذا ، فينبغي عدم التخليط بين موضوع العقد ، والمعقود عليه أو محل العقد .

هذا — والعقود الناقلة للملكية من قبيل العقود المنشئة للحق ، على الرغم من أن نقل الملكية يتم بقوة الشرع وحكمه (١) .
بمعنى أن المشتري قد نشأ له حق جديد بعد أن لم يكن .
أما بالنسبة للمعقود عليه ، فالملكية ثابتة له في الحالين ، ولا جديد غاية ما في الأمر ، أن المالك قد تبدل .

معنى كون الفقه الاسلامي ذا نزعة موضوعية يأخذ

بالارادة الظاهرة :

الارادة الظاهرة تعني " الصيغة القولية " أو ما يقوم مقامها .
فكل لفظ تتمحض صيغته للحال (كالفعل الماضي) ، يؤخذ به —
وينعقد العقد على أساسه ، لأن الارادة الظاهرة صريحة وواضحة ،

(١) ذلك ، لأن من المقرر في الفقه الاسلامي ، أن آثار العقد جعلية بمعنى أن الشارع هو الذي يرتب آثار العقد ، وليس للمتعاقدين مدخل في ذلك لأن مجال ارادتهما مقصور على انشاء العقد فحسب ، وذلك خشية طغيان هذه الارادة ، أو تنكها جادة العدل ، أو اتجاهها الى هدم مقاصد التشريع ، تحت ستار تصرفات ظاهرة الجواز ، كما قدمنا .
فالعقد ينتج آثاره فور انعقاده صحيحا ، وقوة الشرع ، سواء —
أكانت آثاره نقل ملكية عقار أو منقول ، كما في البيع ، أو منفعة بعوض كما في الاجارة ، أو ثبوت حق احتباس على عقار أو منقول دون انتفاع كما في الرهن — .

لا احتمال فيها لمعنى الاستقبال أو الوعد ، أو التردد أو —
المساومة حتى لو ادعى الموجب أو القابل أنه لا يقصد معنى انشاء العقد
في الحال لا يؤخذ بادعائه ، بل يؤخذ بظاهر قوله الصريح القاطع ،
ولو أقسم يميناً على صدق ادعائه ، لا يقبل .
وربما يكون صادقا في ادعائه ، ولكن القضاء لا يأخذ الا بظاهر القول
الصريح ، عملاً ببدأ استقرار التعامل .
— أما اذا كان اللفظ يحتمل الحال والاستقبال ، ولا قرينة ترجح
أحد الاحتمالين فانه يؤخذ فيه بالارادة الباطنة حينئذ (١) ، لأن
الارادة الظاهرة هنا غير واضحة ، بل محتملة ، فدعت الحاجة حينئذ
الى تعيين المراد بالنية ، أى الأخذ بالارادة الباطنة ، فيتـرك
للمتعاقد أن يثبت مراده ، بأن يرجح أحد الاحتمالين بما يدلي به
من دليل .

— وذلك كما في اللفظ المضارع .

— أما اذا كانت صيغة الفعل المضارع مقرونة بما يفيد تمحضها أو
خلوصها للاستقبال ، دون أى احتمال آخر بأن كانت مقرونة بالسين
أو سوف فانه يؤخذ بهذه الارادة الظاهرة الصريحة المتمحضة للاستقبال
فلا ينعقد العقد ، لأن الارادة الظاهرة هنا واضحة ، ولا تفيد انشاء
العقد في الحال ، فلا يعدل عنها الى الارادة الباطنة ، ولو نبوى
المتعاقد الايجاب ، لا يقبل ، لأنه استعمل صيغة متمحضة للاستقبال ،
وهي صريحة فيه ، فلا يعدل عنها ، ومن ثم لا ينعقد العقد ، ولا
عبرة بالنية .

(١) البدائع : ج ٥ ، ص ١٣٣ وما يليها ، للكاساني .

- والخلاصة : ان الأصل في صيغة العقد — في الفقه الاسلامي — الأخذ بالارادة الظاهرة ، اذا كانت هذه الارادة واضحة ، فان تحضت الصيغة للحال انعقد العقد ، وان تحضت للاستقبال لا ينعقد . — أما اذا كانت الصيغة محتملة ، غير واضحة ، بان احتملت الحال والاستقبال تعين الأخذ حينئذ بالارادة الباطنة ، والرجوع الى النية ، فان قصد بالصيغة الايجاب انعقد العقد ، والا لم ينعقد (١) وسيأتي مزيد بيان في بحث الصيغة .
- وليس معنى كون الفقه الاسلامي يعتد بالارادة الظاهرة وانسه ذو نزعة موضوعية غالبية ، أنه لا يعتد بالارادة الباطنة ، بل المراد أن ذلك هو الغالب السائد .

المبحث الثاني

الفرق بين العقد والالتزام والتصـرف

- ١ — قلنا أن العقد بمعناه العام كل تصرف يعبر عنه بالقول أو — ما يقوم مقامه ، لانشاء التزام ، سواء أكان قوامه ارادة منفردة تنشئ التزاما دون أن يقابله التزام من طرف آخر ، ودون أن يتوقف على قبول آخر ، كالوقف واليمين والنذر والطلاق المجرد ، أم كان قوامه ارتباط ايجابى بقبول لأحداث أثر شرعي في محل الالتزام . فالعقد بالمعنى العام ينتظم جميع الالتزامات

(١) البدائع : ج ٥ ، ص ١٣٣ — ١٣٤ . الفتاوى الهندية : ج ٣ ص ٤ وما يليها . تبين الحقائق : ج ٤ ص ٤ وما يليها للزيلعي — مصادر الحق : ج ١ ص ٨٠ وما يليها : للدكتور السنهوري .

الشرعية (١) .

غير أن إطلاق العقد بهذا المعنى العام الذي ذهب إليه بعض الفقهاء غير شائع في الاستعمال ، بل الذي يدل عليه لفظ " العقد " عند إطلاقه هو ما صدر من طرفين بارتباط إيجاب أحدهما بقبول من الآخر . وهو المعنى الخاص السائد عند جمهور الفقهاء ، على ما بينا .

٢ - أما الالتزام : فهو يطابق العقد بمعناه العام ، لأنه تصرف قوامه إرادة أحداث أثر شرعي ، سواء صدر من جانب واحد ، أم من طرفين بحيث تتلاقى إرادتهما على أحداث أثر شرعي .

- والالتزام بهذا المعنى أعم من العقد بالمعنى الخاص كما ترى (٢) .

- وعلى هذا ، فكل عقد التزام وليس كل التزام عقدا .
- على أن بعض الفقهاء يطلق الالتزام على التصرف بإرادة منفردة ، فيكون مقابلا للعقد بالمعنى الخاص .

٣ - أما التصرف : فاما أن يكون قوليا أو فعليا .

أ - والتصرف القولي نوعان :

١ - تصرف قولي لا ينشئ التزاما ، وذلك كالأقرار بحق

(١) أحكام المعاملات الشرعية : ص ٢٠٠ ، الأستاذ على الخفيف .

(٢) نظرية العقد في الشريعة الإسلامية : ص ١ - ٢ للأستاذ

محمود شوكت .

- بيان الالتزامات : للأستاذ أحمد إبراهيم ص ٢١ و ص ٤١ - ٤٢ .

لأنه اخبار بثبوت حق للغير على النفس نشأ بسبب سابق

على الاقرار ، وكرفع الدعوى ، لا يرتب التزاما .

وكلاهما تصرف شرعي قولي بإرادة منفردة .

٢ - تصرف قولي يتشعب التزاما : سواء أكان قوامه إرادة

منفردة أم إرادتين وبذلك يشمل العقد بالمعنى الخاص

والالتزام .

- وعلى هذا فالتصرف القولي بنوعيه أعم من العقد ومن

ومن الالتزام اتفاقا (١) .

- فكل عقد أو التزام تصرف قولي ولا عكس .

ب- أما التصرف الفعلي فنوعان :

١ - مشروع : ويرتب الشارع عليه حكما إذا صدر من مميز

كالاستيلاء على المال المباح وقبض الدين ، والرجعة

الفعلية .

٢ - غير مشروع ، كالغصب والسرقه ، والقتل .

- فكل من التصرف الفعلي المشروع وغير المشروع يرتب

الشارع عليه أثرا ما .

- وعلى هذا ، فالتصرف هو ما يصدر من الشخص المميز

بإرادته قولاً أو فعلاً يرتب الشارع عليه أثراً ما .

(١) الملكية ونظرية العقد : ص ١٨٣ للشيخ محمد أبي زهرة .

(٢) المدخل للفقه الاسلامي : ص ٥٠٨ - ٥١٠ للأستاذ محمد سالم

مذكور . - هذا والرجعة الفعلية يرتب الشارع عليها آثاراً دون

توقف على نية الحنفية والحنابلة . - المرجع السابق .

المبحث الثالث

الفرق بين الوعد والعقد

أ - من حيث المفهوم :

الوعد مجرد إخبار عن إنشاء أمر في المستقبل دون التزام له في الحال (١) كما لو قال : (سأقرضك عشرين ألف ليرة سورية لو اشتريت بيتا) • أما العقد فانه : ارتباط أساسه تراض يحدد التزاما في الحال •
ب - من حيث الحكم أو القوة الملزمة :

العاقده يجب عليه الوفاء بما التزم به بإرادته الحرة ديانه وقضاء •
فيجب قضاءه على تنفيذ التزامه العقدي اذا امتنع بالاجماع •
أما الوعد " فالاجماع منعقد على أنه يجب الوفاء به ديانه ، لأنه من مكارم الأخلاق • أما قضاءه ، فالجمهور على أن الواعد لا يجبر على تنفيذ وعده ، فهو مخير في الوفاء بوعده ، ان شاء أو في وان شاء أخلف خلافا لابن شبرمة الذي يرى وجوب الوفاء بالوعد قضاء •
غير أن للمالكية أقوالا في حكم الوفاء بالوعد قضاء ، أشهرها : أن الواعد يجبر على الوفاء بوعده ، ان كان معلقا على سبب ، وقام الموعود -

(١) جاء في فتح العلي ، في الفقه المالكي : " وأما العدة -

الوعد - فليس فيها التزام الشخص نفسه شيئا الآن ،
وانما هي - كما قال ابن عرفة - إخبار عن إنشاء المخبر
معروفا في المستقبل •

المبادئ العامة التي تقوم عليها أحكام نظرية العقد
في الفقه الاسلامي

أولا : مبدأ الرضائية في العقود : (في تكوين العقد) .

أرسل القرآن الكريم ، والسنة المطهرة هذا " المبدأ " بنصوص
صريحة قاطعة .

— قال تعالى : " يا أيها الذين آمنوا ، لا تأكلوا أموالكم بينكم
بالباطل ، الا أن تكون تجارة عن تراض منكم " .

وقوله تعالى : " فان طبن لكم عن شيء منه نفسا ، فكلوه هنيئاً مريئاً .
وقال — صلى الله عليه وسلم — " انما البيع عن تراض " .

وقال — صلى الله عليه وسلم — " لا يحل مال امرئ الا عن طيبة من
نفسه " .

فالآية الكرمة الاولى ، تدل بعبارتها صراحة على أن الأصل فسي
ثبوت الحق في مال الغير هو " رضا " صاحب هذا المال ، اذا
كان ذلك على سبيل التجارة والمعاوضة .
وهو ما أكدته السنة القولية : " انما البيع عن تراض " .

(١) في حكم الوفاء بالوعد في الفقه المالكي خلاف تلخصه فيما يلي :

أولاً : لا يجب الوفاء به مطلقاً .

ثانياً : انه يجب الوفاء اذا كان معلقاً على سبب .

ثالثاً : انه يجب الوفاء به اذا كان معلقاً على سبب ، ودخل

الموعود في السبب جراً الوعد .

رابعاً : ان الوعد يجبر على الوفاء بوعده قضاءً في جميع الاحوال
الا لما منع بان مات أو أفلس .

فلا يثبت حق المشتري فعلا في ملكية المبيع ، ولا تنتقل اليه ، الا برضا صاحبه ، ونظير هذا ، أن لا يثبت حق البائع في الثمن في ذمة المشتري الا برضاه أيضا .

فتراضي الطرفين هو الأساس في ثبوت الحق لكل منهما في مال الآخر على سبيل التبادل والمعاوضة ، دون أن يتوقف ذلك على شيء آخر سوف التراضي .

والتجارة شاملة لكثير من التصرفات والمعاملات التي تنشئ التزامات والآية الكريمة الثانية تدل بعبارتها صراحة أيضا على أن الحق يثبت في مال الغير على سبيل الهبة والمفوضة برضا صاحب المال ، وطيب نفسه . فالمناط في حل الانتفاع بمال الغير هو طيب النفس .

هذا وثبت هذا الحق " حل الانتفاع " برضا صاحب المال قد صرح به الحديث الشريف : " لا يحل مال امرئ الا عن طيبة من نفسه " .
والخلاصة : ان المناط في ثبوت الحق في مال الغير ، وحل الانتفاع به معاوضة أو منحة ، هو الرضا .

فالعقد الرضائي معناه أن الشرع يحكم بتمام انعقاده بمجرد التراضي بين طرفيه .

وببدأ الرضائية هذا مهيم على الأحكام العامة للعقد ، وهي التي يطلق عليها نظرية العقد .

وهذا المبدأ متفرع عن أصل عام في التشريع الاسلامي هو مبدأ " سلطان الارادة العقدية " .

— فالارادة الانسانية ذات سلطان في انشاء التصرفات في القه الاسلامي في مجالات ثلاثة .

- ١ — في انشاء العقد وتكوينه .
 - ٢ — في استحداث عقود جديدة تقتضيها مصالح الناس في كل عصر وبهيئة .
 - ٣ — في تحديد او تعديل آثار العقد زيادة أو نقصا عن طريق الشروط المقتترنة بالعقد تقييدا وقد بينا المجال الاول .
- سنعرض للمجالين التاليين ، وجميعهما — في الواقع — مفهومان واحد ، هو : مبدأ "حرية التعاقد" عقودا وشروطا .
- غير أنه إذا كان لكل مبدأ عام استثناء ، فلا بد من أن نعرض لما ورد على المبدأ الأول " مبدأ الرضائية " من استثناء .
- الاستثناء من مبدأ الرضائية في تكوين العقود وانشائها :
-
- قدمنا أن الأصل أن لاشكالية في العقود (١) بل يتم انعقادها بمجرد
-
- (١) الفست الشريعة الاسلامية ، ما كان معروفا في اسواق الجاهلية من العقود الشكلية من مثل : بيع الحصاة وبيع المنابذة وبيع الملامسة ، وقد نهى النبي — صلى الله عليه وسلم — عنها نهى تحريم :
- أنظر في هذه البيوع — البخاري وشرحه —
- للعين ، ج ١١ ، ص ٢٦٦ — ٢٦٧ .
- راجع كتابنا " الفقه الاسلامي المقارن " بحثا مستفيضا في الشروط المقتترنة بالعقد تقييدا .

تراضي طرفيها • غير أن الشريعة الإسلامية أوجبت أوضاعاً
وشكليات معينة في بعض العقود ، لأهميتها ، أو تعلق آثارها
بالمصلحة العامة ، كعقد الزواج مثلاً •

١ - الشكلية في عقد الزواج :

— عقد الزواج — بما له من صلة بتأسيس القربات ، وبالنسب ،
وببناء أسرة هي لبنة في البناء الاجتماعي ، احتاط المشرع في أمره
فأوجب شرطاً لصحته ، " الشهادة " وبذلك كان عقد الزواج بمجرد
التراضي ودون شاهدين ، عقداً فاسداً يجب فسخه لقوله — صلى
الله عليه وسلم : " لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل " •
هذا ، وبعض المذاهب أوجب الشكلية في صيغته من الإيجاب والقبول ،
بأن يكونا بلفظي النكاح أو التزويج خاصة ، دون سواهما من الألفاظ
الأخرى التي تؤدي معناها مجازاً والقرينة •
— قاعدة : " العبرة في العقود للمعاني ، لا للألفاظ والمباني " •
لا تشمل عقد الزواج في نظر هذه المذاهب التي توجب " الشكلية " في
صيغته ، وحجتهم في ذلك : ان في عقد الزواج معنى تعبدية
فلا بد من التزام اللفاظ معينة في التعبير عنه •
ولكن هذا الرأي مرجوح ، بالأدلة التي لا يتسع المقام للدلالة بها
لحضه ، وإثبات أن التعبير عن الإرادة في عقد الزواج يجوز
بكل لفظ ينهي عنه ، ولو مجازاً اذا قامت القرينة على هذا

المعنى (١) ، على ماسياتي بحثه في صيغة العقد .

٢ — شكلية التسليم في العقود العينية :

والارادة في " العقد العيني " لا تظهر بمجرد الايجاب والقبول

بل لابد من تسليم (العين) محل العقد ، ليتم ، ولهذا سمي عينيا .

والعقود العينية — في الفقه الاسلامي — خمسة : الرهن ، والقرض

والاغارة ، والايداع ، والهبة .

فلا يتم العقد العيني ، ولا أثر له بالتالي ، قبل قبض " العين "

محل العقد (٢) بمعنى أن عقد الرهن مثلا لا يتم ولا يصبح ملزما

(١) وهذا هو مذهب الحنفية ، خلافا للشافعية الذين يشترطون

لفظي النكاح أو التزويج ، ومشتقتهما كما قدمنا .

أما فيما يتعلق بالشهادة في عقد الزواج ، فالجمهور على أنه

شرط صحة ، خلافا للمالكية وفقهاء الشيعة الامامية ، فقالوا

انه مستحب مندوب اليه وليس شرطا للانعقاد ، وثمة تفصيلات

أخرى لا يتسع المقام لسردها . — الهداية : ج ١ ص ٢٤٩ .

— على أننا نرى أن الشهادة هنا اشترطت وسيلة للاثبات وخشية

الجهود في مثل هذا العقد الخطير الشأن ، ولذا ، فان

الامام مالكا يرى الاعلان . وعلى هذا بقي المبدأ في ذاته سليما

اذ العقد منعقد ، بمجرد التراضي غير انه يشترط قبل الدخول للزواج

٢ العقد فعقد الرهن مثلا لا اثر له قبل تسليم العين المرهونة الى المرتهن

ولا يستطيع المرتهن اجبار الراهن المدين على تسليم العين بمجرد

الايجاب والقبول ، ان لم يكن قد سلمها . — اما بعد التسليم

فيصبح العقد ملزما للراهن لأنه تم بالتسليم ، فاذا استرد الرهن

بدون رضا المرتهن ، طالبه المرتهن باعادته وأجبره قضايا على ذلك .

للراهن ، الا اذا سلم الراهن العين المرهونة الى المرتهن —
فاذا تم عقد الرهن بالقبض فلا يملك الراهن بعدئذ أن يسترد " العين " .
دون رضا المرتهن .

أما قبل التسليم ، فلا يملك المرتهن أن يجبر الراهن على تسليم المرهون
لأن العقد لم يكن قد تم ، فلا أثر له (١) .
وكذلك " الهبة " لا تتم بمجرد الايجاب والقبول ، بل لابد من القبض (٢)
— وهذا عند جمهور الفقهاء .

(٣)
واستدلوا بقوله — صلى الله عليه وسلم : " لا تجوز الهبة الا قبوضة " .
وأىضا ، ان عقد التبرع عقد ضعيف في ذاته ، ولذا لا يتعلق به صفة
اللزوم . والملك الثابت للواهب قوى ، فلا يزول بعقد أو بسبب ضعيف
حتى ينضم اليه ما يؤيده ، وهو التسليم بعد ايجاب عقد التمليك لغيره (٤)

-
- (١) المدخل الفقهي : ج ١ ص ٣٦٤ للاستاذ الزرقا .
(٢) وهو مذهب الامام أبي حنيفة والشافعي والثوري وغيرهم .
— وبهذا الرأي اخذت مجلة الأحكام العدلية .
فقد جاء في المادة / ٥٧ / منها ما يلي : " لا يتم التبرع الا بالقبض " .
وفي الهبة نصت المادة / ٨٣٢ / : " تنعقد الهبة بالايجاب والقبول
وتتم بالقبض " .
(٣) المبسوط : ج ٢ ص ٢٤٧ — للسرخسي .
— وراجع : المغني ، ج ٢ ص ٤٣١ لابن قدامة
(٤) المرجع السابق
الموجبات والمعقود : ج ٢ ص ٢٨٥ وما يليها للدكتور المحصاني .
— المدخل الفقهي : ج ١ ص ٣٦٤ للاستاذ الزرقا .

وأما في عقد الرهن ، فقد جاء في (مجلة الأحكام العدلية) في
المادة ٧٠٦ ما يلي :

” ينعقد الرهن بإيجاب وقبول من الراهن والمرتهن ، ولكن ما لم
يوجد القبض ، لا يتم ولا يلزم ، فللراهن أن يرجع عن الرهن قبـل
التسليم ” .

استثناء عقد الوصية من عقود التبرع من حيث
شروط التسليم :

طبيعة عقد الوصية ، من حيث أنه يفيد تمليكاً مضافاً إلى ما بعد الموت
بشرط قبول الموصى له بعد موت الموصي ، أو عدم رده للوصية ، فتنتقل
ملكية الموصي به إلى الموصى له — تجعل شرط التسليم مستجيلاً بالنسبة
للموصي المتوفي ، فلذا استثنى من القاعدة العامة في عقود التبرع ، فلم
يشترط شكلية التسليم لتامه .

والخلاصة : أن الأصل العام هو ” الرضائية ” فسي تكوين العقد وإنشائه
وان الشكلية استثناء (١) في عقود معينة .
ثانياً : مبدأ حرية التعاقد :

يتخذ هذا المبدأ مجالات ثلاثة أيضاً :

المجال الأول : لاكرام على عقد ما مسمى كان العقد أم غير مسمى .
المجال الثاني : إنشاء عقود جديدة تقتضيها مصالح الناس في كل عصر
وبيئة ، فضلاً عن العقود التي سماها الشارع ونظمت

أحكامها ، نصراً واستنباطاً بطريق الاجتهاد .

المجال الثالث : تعديل آثار زيادة أو نقصا ، عن طريق الاشتراط في
(١) المرجع السابق .

صلب العقد ، أو بعبارة أخرى " حرية الاشتراط في العقد .
أما المجال الأول : فالتشريع الاسلامي يقيم العقد على أساس "الرضا
الكامل " بدليل أحكام الخيارات (١) وسائر أحكام عيوب الرضا .
أما الثاني : وهو مبدأ " حرية التعاقد " عقودا وشروطا ، فقد اختلف
فقهاء المسلمين فيه منذ القدم على رأيين أساسيين :

رأى أهل الظاهر : ومواده ، عدم الأخذ بمبدأ " حرية التعاقد "

فلم يجيزوا أحداثا أنواع من عقود جديدة لم يتناولها الشارع —

بمعناها تسمية وتنظيما على ضوء ما ورد فيها من أدلة .

وكذلك لم يأخذوا بهذا المبدأ في " نطاق العقد " فلم يجيزوا "

حرية الاشتراط " لما في ذلك من تعديل للآثار التي رتبها

الشارع على العقد ، وآثار العقد " جعلية " (٢) بمعنى

(١) خيار الشرط ، وخيار العيب ، وخيار الوصف ، وخيار التعيين ،

وخيار النقد ، وقبل هذا وذاك " خيار المجلس " وغير ذلك

من الخيارات . — هذا ، بالإضافة الى " عيوب الرضا " من

الأكراء والغلط ، والتدليس مع الغبن الفاحش ، والغبن

الاستغلالي . — وسيأتي بحث ذلك كله في مقامه .

— راجع مؤلفنا " أصول التشريع الاسلامي ، ومناهج الاجتهاد

بالرأى ص ٢٧١ وص ٢٧٢ وما يليها .

(٢) وسيأتي مزيد تفصيل في هذا الموضوع ، عند بحث الشروط المقتترنة

بالعقد " — فالعقد أسباب جعلية وليست طبيعية ، بمعنى أنها

أسباب جعلها الشارع طريقا لآثار رتبها هو عليه

أن الإرادة الانسانية تنشي* التصرف فقط ، وأما آثاره ، فبترتيب
الشارع ، لا بفعل المتعاقد ، اللهم الا اذا ورد بالشرط نص ، أو انعقد
عليه اجماع (١) .

— وعلى هذا — فالاصل المنع ، حتى يرد الدليل المبيح من الشارع
نصا أو اجماعا .

— وهذا ما يقضي به أصلهم من التسك بظواهر النصوص ، والوقوف ،
عندها ، ورفض أصل التعليل ، وما تفرع عنه من القياس ، والمصلحة
المرسلة . وأدلتهم في ذلك ما يأتي :

أولا : قوله — صلى الله عليه وسلم — من عمل عملا ليس عليه أمرنا
فهو رد (أى باطل ومردود) .

قالوا ، فهذا النص صريح في اعتبار كل عقد يحدثه الناس ، ولم يرد
من الشارع نص يبيحه بعينه ، أو لم ينعقد على مشروعيته اجماع المجتهدين (١)
باطلا . والشرط كذلك لأن الشروط عقود ، والعقود شروط اذ العقد

(١) الظاهرية لا يقولون بأصل " التعليل " ولذا لا يجوزون القياس
فلا يعتبرونه أصلا من أصول التشريع ، ومعلوم أن القياس فرع
التعليل .

أما الاجماع ، فمردء الى دليل من الشارع ، اذ لابد في الاجماع
من أن يكون له " مستند " من الكتاب ، أو منهما معا .

(٢) يقول ابن ا حزم الاندلسي في هذا الصدد : " فصح بهذا النص
بطلان كل عقد عقد ، الانسان والتزمه الا ما صح أن يكون عقدا ،
جاء النص أو الاجماع بالزامه باسمه " . — الاحكام في أصول الاحكام
ج ٥ ص ٣٧ . — فالاصل — كما ترى — المنع ، والاباحة استثناء .

راجع في هذا الموضوع ، بحثا مستقيضا للمؤلف في الشروط المقترنة
بالعقد تقييداني كتابنا " الفقهاء المقارن " طبع جامعة دمشق ١٩٨٠

يتضمن التزاما بنتائجه ، فكذلك الشرط •

ثانيا : قوله — صلى الله عليه وسلم — (ما بال أقوال يتشترطون شروطا
ليست في كتاب الله ، ما كان من شرط ليس في كتاب الله ، فهو باطل ،
ولو كان مائة شرط ، كتاب اللعاق ، وشرط اللعاق •
وجه استدلالهم بهذا الحديث الشريف ، أنه صريح ، الدلالة على معناه ،
من أن كل شرط — ويشمل العقد — لم يرد في كتاب الله ما ينهض —
بشروعيته بعينه ، أو لم يزد به اجماع ، باطل (١) •
وعلى هذا فالشرط عند الظاهرية إما صحيح ، وأما باطل ، ولا واسطة
بينهما • وقالوا : ان الشرط الباطل يبطل العقد أيضا (٢) إذا اقترن
به ، فان لم يقترب به ، فلا أثر له (٣) •

الرأي الثاني : ان الأصل الاباحة والجواز ، حتى يرد دليل المنع ،
فكان من المقرر عند أولى الرأي هذا : " اذا المعاملات طلق حتى يرد
المنع (٤) • — ومننا على هذا الرأي ، ان كل شرط يشترطه المتعاقدان

-
- (١) الاحكام : ج ٨ ص ٤١٢ وما يليها وص ١٢ وص ١٤ •
الفتاوى ، ج ٣ ص ٣٣٣ وما يليها — لابن تيمية •
 - (٢) المرجع السابق : ج ٥ ص ٦٧ ص ١٢ وص ١٤ وص ٣٢ •
 - (٣) الاحكام : ج ٨ ص ٤١٢ وما يليها ، وج ٥ ص ٦٧ ص ١٢ وص ١٤
وص ٣٢ لايم حزم — الفتاوى : ج ٨ ص ٣٣٣ وما يليها لابن تيمية •
 - (٤) اصول التشريع الاسلامي : ص ٢٦٦ وما يليها للمؤلف •
— وانظر في أدلة هذا الأصل ، وجه الاستدلال بها •
— ومعنى قولهم : " المعاملات طلق " أى مباحة غير مقيد بمقيد
يمنعها ، فالأصل أنها مشروعة حتى يرد من الشارع دليل يمنعها •

أو أحدهما في صلب العقد ، بل كل عقد يحدثه الناس ، ويطلقون عليه اسما جديدا ، جائز شرعا ، ما لم يرد دليل من الشرع يحرمه ، من نص أو قياس .

— هذا هو مذهب الحنابلة ، وقريب منه مذهب المالكية (١) وحجتهم في ذلك مايلي :

أولا : قوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " .

— ووجه استدلالهم بالآية الكريمة : أنها أمرت بالوفاء بالعقود

أمر عاما وباطلاق ، دون تعيين لنوع العقد أو الشرط ، فدل

ذلك على أن الأصل في العقود — أو الشروط — جميعا الإباحة ،

الا ما ردد من الشارع نهي عنه (٢) .

— فلو لم يكن الأصل في التعاقد هو الإباحة — عقودا وشروطا — لما

أمر الشارع بالوفاء بها باطلاق (٣) دون تقييد بنوع معين منها .

ثانيا : — قوله صلى الله عليه وسلم : " المسلمون عند شروطهم "

— يقضي هذا الحديث بظاهرة لزوم الوفاء بشكل شرط (٤) الا

(١) من حمل لواء هذا الأصل ، وتولى الدفاع عنه ، الامام ابن تيمية في كتابه " الفتاوى " ج ٣ ص ٣٢٩ وما يليها .

(٢) المرجع السابق .

(٣) بل اعتبر ناقض عهد منافقا خالصا ، قال صلى الله عليه وسلم : " أربع من كن فيه ، كان منافقا خالصا ، ومن كان فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها ، إذا حدث كذب ، وإذا وعد أهلف ، وإذا عاهد غدر ، وإذا خاصم فجر " .

(٤) والعموم مستفاد من كلمة شروطهم لأنها من الفاظ العموم ، إذ من المعلوم أن الجمع المضاف يفيد العموم — على ما هو مقرر في علم الأصول .

ماخص يدلل مانع ، اذ لا يكون المسلم عند شرطه الا اذا لزمه الوفاء به ، فاذا استجمع التصرف القولي مقوماته وشرائط صحته ، وقع على الوجه الذى أنشأه ، بأن كان أهلا للتعاقد ، وكان المحل قابلا لأثره ، وللعاقد ولاية عليه (١) .

— فالاصل هو الاباحة ، في حدود قواعد الشريعة ومبادئها ، والمنع استثناء لأن المستثنى من التصرفات يتنافى ومقتضى تلك القواعد ، أو بعبارة أخرى ، يخالف النظام الشرعي العام .

ثالثا : — وقوله : صلى الله عليه وسلم : " الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا حرم حلالا ، أو أحل حراما ، والمسلمون على شروطهم ، الا شرطا حرم حلالا ، أو أحل حراما .

— ووجه استدلالهم بهذا الحديث الشريف : أن الذى يحرم ، اشتراطه هو ما كان مناقضا للشرع ، وأصوله الثابتة ، أو بعبارة أخرى ، مناقضا لما كان ثابتا قطعيا من نص خاص (١) أو أصل من أصول النظام الشرعي العام ، لأن مناقضة الشرع باطلة ، اذ هي مضادة لارادة الشارع فيما يؤدى الى ذلك من الشرط يكون باطلا .

— وعلى هذا ، فالشرط الذى يحل حراما ، أو يحرم حلالا ، باطل للمناقضة والمضادة .

— والشرط الذى يسقط ما أوجبه الله تعالى باطل أيضا .

— فالشرط الصحيح اذن هو الذى يوجب ما لم يكن واجبا ولا حراما .

(١) الهدائع : ج ٥ ، ص ٢٥٩ — للكاساني .

(٢) بتناول المسألة عينها التي تناولها الشرط بحكم مخالف .

- ويدهي أن مالم يكن واجبا ، ولا حراما ، هو المباح .
 - والمباح قد استوى فيه طرفا الفعل والترك ، وجعلت الخيرة فيه للمكلف ، يختار أيهما شاء ، فان شاء أقدم ، وان شاء أخرجه ، على ضوء من مصلحته الذاتية .
 - اذا تقرر هذا ، فان التعاقد له أن يلزم نفسه بنفسه ، وبإرادته الحرة ، بأحد طرفي المباح فيوجب الفعل على نفسه ، أو يوجب الترك ، ألا ترى أن " الناذر " له أن يوجب على نفسه ما لم يسكن واجبا عليه في الأصل ، ويعتبر ملتزما شرعا بنذره (١) ، بينما لم يكن ملتزما بذلك قبل النذر ، فكذلك الشرط .
 - ولا مناقضة هنا ، لأن كل ما في الأمر ، أن الشارع لم يوجب المباح ، وعدم الإيجاب لا يدل على نفي الإيجاب ، حتى يكون المشترك مناقضا لإرادة الشارع .
 - رابعا : ان الله تعالى قد جعل " مناط " الحل في التجارة — والمعاملات ، هو " التراضي " لقوله تعالى : الا أن تكون تجارة عن تراض منكم " على ما أسلفناه .
 - كما علق جواز الأكل من المال المنح هبة ، على طيب النفس ، وهو الرضا بقوله تعالى : " فان طبن لكم عن شيء منه نفسا ، فكلوا هنيئا مريئا " .
 - ولهذا يقول الامام ابن تيمية : " الاصل في العقود رضا المتعاقدين ونتيجتها هو ما أوجبا على أنفسهما بالتعاقد (٢) .
-
- (١) لقوله تعالى : " وليوفوا نذورهم " — وهذا مذهب الحنابلة في حرية الاشتراط .
- (٢) الفتاوى : ج ٣ ص ٣٢٩ لابن تيمية اصول التشريع : ص ٢٧٢ — المؤلف

— وهذا يؤكد أن الأصل هو الحل والاباحة في التعاقد ، الا ما ثبت تحريمه .

— هذا وعدم التحريم دليل الاباحة والا كان التحريم بغير دليل شرعي وهو تحريم مالم يحرمه الله ورسوله ، ولا يقول به أحد .
خامسا : ما رواه البخاري عن قضاء عمر رضي الله عنه انه قال : " مقاطع الحقوق عند الشروط " .

— فهذا الاثر يفيد أن الحقوق تتحدد بالشروط ، وهو بعمومه شامل لكل شرط الا ما خص بدليل (١) .
سادسا : وهو دليل عقلي :

— ان عقود المعاوضات المالية ، وما يقترب منها من شروط ، هي من قبيل (المعاملات) (٢) لا العبادات .
— وأصل في النصوص التي تنظم المعاملات عقودا وشروطا التعلييل لتبين وجه المصلحة ، وذلك لأن الأصل في المعاملات أنها شرعت لمصالح الناس ، فيلتفت فيها الى المعاني ، والعلل ، والمصالح ، والأعراف المرعية في المعاملات ، والأعراف أصلا الى " المصالح والأعراف الناس عليها ، هذا فضلا عن القياس والاجماع .

— فما لم يرد من الشارع ما يحرم الشرط ، أو يصطدم مع العرف ، فهو جائز ، تحقيقا لمصالح الناس التي شرعت من أجلها أحكام المعاملات جملة .

(١) روى أن امرأة اشترطت على زوجها في عقد زواجها ، بأن تكون — سكنتها في دارها ولما اراد نقلها الى داره ، رفضت فتقاضيا الى عمر رضي الله عنه — فقال لها شرطها فقال الرجل : اذن يطلقنا ، فأجابه عمر بقوله : " مقاطع الحقوق عند الشروط ولها ما شرطت .
— اعلام الموقعين : ج٣ ص ٣٣٨ كشف القناع : ج٣ ص ٥٣ .

وما يدل على أن الأصل في المعاملات الإباحة أيضا ، وهو وجودها قبل ورود الشرع ، فيحكم على كل تصرف مستحدث ، أو شرط بالإباحة استصحابا لهذا الأصل ، ويندرج هذا العقد الجديد تحت الأحكام العامة للعقود ، حتى يرد دليل المنع .
فالمنع استثناء

— وعلى هذا ، فلا يحكم على التصرف الجديد ، أو الشرط المقترح —
بالعقد ، بالمنع إلا بأخذ الشرطين أو كليهما .
الاول : مناقضة شرع الله ورسوله ، ونظامه الشرعي العام بأن يحل ما حرمه الله ورسوله .

الثاني : منافاة الشرط لمقتضى العقد .
ومقتضى العقد شرع وقانون ، والمنافاة الغاء لهذا المقتضى أو الغاء للعقد نفسه ، ولا يجوز للتناقض .
— والواقع ، أن الشارع ، قد حدد للعقود التي تنشئ التزامات شرعية أحكاما عامة وخاصة قصد بها ما يأتي :
١ — عدم إفضاء التصرف إلى النزاع (١)

— يطلق الفقهاء على " المعاملات " لفظ (العادات) اصطلاحا تمييزا لها عن العبادات .
(١) ذلك ، لأن النزاع يحول دون تنفيذ العقد ، وتحقيق غايته وهي المصلحة العائدة إلى المكلفين ، فيقع الناس في حرج ، أو يصبح التعامل عبثا ، لا جدوى منه .
وقد علمت أن أصل التعامل قائم على أساس تحقيق مصالح الناس ورفع الحرج عنهم لتسقيم حياتهم ، فعاد " النزاع " في التعامل على أصل شرعيته بالنقض .

- ٢ — حماية التعاقد من الغبن (١) .
- ٣ — حماية التعاقد من الوقوع في " الغرر " .
- ٤ — توفر " الرضا الكامل " حتى لا يلزم المتصرف بنتيجة عقده الرضائي ، على غير رضا منه واختيار .
- ٥ — حمايته من الاستغلال ، لظروف عامة ، أو خاصة ، كما في تحريم الاحتكار (٢) والربا .

(١) هو التفاوت بين القيمة الحقيقية والثمن ، وقد يكون فاحشا يتجاوز

- ضعف القيمة وقد يكون يسيرا مغفورا .
- هذا ، والغبن ، قد يكون مظهرا ماديا للتدليس .
 - وقد يكون نتيجة لاستغلال ناحية ضعف في التعاقد المغبون من الجهل بالأسعار ، أو ظروفه من الحاجة أو الاضطرار ، وهذا منهي عنه ، لقوله — صلى الله عليه وسلم : " بيع المضطر وشراؤه حرام " وقوله عليه السلام " بيع المسترسل ربا " والمسترسل هو الجاهل بالأسعار .
 - أو قد يكون نتيجة لاستغلال عدم الخبرة أو ضعف نفسي من طيش بين أو هوى جامع ، كما يعتبر الفقه الوضعي .

- (٢) اجمع الفقهاء على تحريم " الاحتكار " لتضافر الأحاديث الصحيحة على ذلك ، فضلا عن إصول العامة اللفظية والمعنوية التي تنهض بهذا التحريم . إذا انفضى إلى الأضرار بالناس ، بل اعتبره الإسلام جريمة اجتماعية ، بدليل الجزاء الأخرى الذي يرتبه الشارع عليها من مثل قوله — صلى الله عليه وسلم : " من احتكر على المسلمين طعامهم ، كان حقا على الله أن يقعه به عظم — بمكان عظيم — من النار " . وهذا الوعيد الشديد لا يقل عن الوعيد على الربا . — والعلة الجامعة بينهما أنهما وسيلتا استغلال الظروف ، خاصة كانت أم عامة . — راجع في هذا بحثا مستفيضا للمؤلف في " الفقه المقارن " المقرر على الصف الرابع تحت عنوان الاحتكار والتسمير الجبري .

واستغلال الاضطراب (١) .

سابعاً : منع افضاء العقد الى اسقاط واجب ، أو تحليل محرم ، من حيث المآل باتخاذ العقد وسيلة أو ذريعة الى ذلك ، حماية لمقاصد التشريع من أن يؤذيها أو يهدمها التصرف ، إذ لم تشرع العقود ذرائع لهذا المآل المنوع بداهة (٢) .

— هذا ، والقانون المدني العراقي ، قد اقتفى أثر الفقه الاسلامي فسي أخذه بهذا الهدأ ، إذ نصت المادة (٧٥) منه على أنه : " يصح أن يرد العقد على أي شيء آخر (٣) لا يكون الالتزام به منها بالقانون ، أو مخالفا للنظام العام ، أو الآداب " .

— ومن المعلوم أن العقود أو الشروط المحرمة ، هي التي تتصل بالربا أو الغرر ، أو يكون محلها غير قابل لآثارها شرعاً ، أو سببها والمباعث عليها غير مشروع .

— وهذه عناصر تنهض بالنظام الشرعي العام في المعاملات (٤) .

(١) لقوله — صلى الله عليه وسلم — " بيع المضطر وشراؤه حرام " .

(٢) وهذا ما سبقت الإشارة اليه في بحث " الباعث " وأثره في العقود .

— لم نتعرض لمذهب الشافعية والحنفية في حرية التعاقد ، لأن

المقام لا يتسع لهذه المقارنة ، وغاية ما يقال في مذهب الحنفية انه

فتح باب هذه الحرية عن طريق " العرف " كما سيأتي بيانه في بحث " الشروط " .

(٣) سوى العقود المسماة التي وردت في نصوص مرشد الحيران ، في المواد ٢٦٣ — ٢٦٦ .

(٤) راجع بحث " النظام الشرعي العام " في " المناهج الأصولية في الاجتهاد

بالرأى في التشريع الاسلامي : ص ٢٣٨ — ص ٢٥٩ للمؤلف .

— وفي : " أصول التشريع الاسلامي : ص ٢٥٦ — ص ٣٠٧ للمؤلف .

على أن دائرة النظام الشرعي العام في الفقه الاسلامي ، أوسع منها
في الفقه الوضعي .

— ويترتب على هذا ، أن اشراف الشارع على ابرام العقود والاشتراط
فيها ، أبعد مدى من المشرع الوضعي ، وذلك تحقيقا للعدل ، والتوازن
بين الالتزامات في مضمون العقد ، أو اقتصادياته ، مما جعل حرية
الارادة الانسانية أو حرية التعاقد في الفقه الاسلامي أضيق منه في الفقه
الوضعي (١) .

رأينا في موقف الظاهرية من حرية التعاقد بخاصة ، وتفسير

الشرعية بعامة :

اولا— أن الأصل الذي بنى عليه الظاهرية مذهبهم في حرية التعاقد ،
بل وفي تفسير الشريعة بوجه عام . وهو الوقوف عند ظواهر النصوص
والجمود على ظاهر لغويتها ، وسد باب الاجتهاد في " التعليل "
لا يتفق وطبيعة التشريع نفسه ، أي تشريع كان ، ولا لما كان ثمة فارق
بين الدرس اللغوي والاجتهاد التشريعي .

— ذلك ، لأن التشريع ليس مجرد نصوص ، بل هو " دلالات " ومعان
تؤخذ بطرق متعددة ، منها عبارة النص ، وإشارته ، ومفهومه البواقي
ومفهومه المخالف ، كما يؤخذ من لوازم النص العقلية (٢)

- (١) إذ من المعلوم أنه كلما اتسعت دائرة النظام الشرعي العام الذي
يحد حدودا ويوصل قواعد لا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على خلافها
تحت طائلة البطلان ، كان مجال حرية الارادة فيه أضيق .
— مصادر الحق : ج ١ ص ٨٠ — ٨١ للدكتور السهموري .
- (٢) من المقرر في علم أصول الفقه ، أن النص الدال على المعنى الملزم
دال على المعنى اللازم عقلا كذلك . — أصول التشريع ص ٤٢٥
للمؤلف .

المباشرة ، وغير المباشرة ، وعن طريق مقاصد التشريع العامة (١) التي هي اصول العدل ومبانيه ، وموجهاته (٢) .
— ولهذا لا يتفق اصلهم هذا وطبيعة التشريع نفسه ، بل ولا تستقيم معه حياة الناس ومصالحهم .
ثانياً — وأما استدلالهم بقوله — صلى الله عليه وسلم : " من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد " فنحن نقول بهذا أيضاً ، ان لا نقر عقداً ولا شرطاً يحل ما حرم الله ، أو لا يتفق وأصوله للتشريعة الثابتة ، أو ينافي مقتضى العقد ، أو نصاً خاصاً ، ورد في محل الالتزام بالشرط بحكم مخالف .
— ولكن ليس معنى هذا ، أنه يجب أن يرد من المشرع نص خاص يتعلق

-
- (١) اللوائح العقلية المباشرة ، كدلالة الإشارة — وغير المباشرة كدلالة النص ، والدلالة القياسية ، ان كل من المعنى العقلي المأخوذ عن طريقهما ليس لازماً عقلياً مباشراً ، بل عن طريق العلة المفهومة لغة في الدلالة الاولى ، والمستنبطة اجتهاداً بالرأى في الدلالة الثانية ، كما هو مقرر في علم الأصول .
— اصول التشريع الاسلامي : ص ٣٢٨ وما يليها ، للمؤلف .
(٢) أما " المقاصد " فهي المصالح العامة والخاصة التي هي غايات النصوص وأحكامها ، بل هي المصالح التي شرعت تلك النصوص من أجلها ، فكيف يمكن اغفالها أو اطراحها ؟
— لذلك كانت مباني للعدل ، وموجهاته في التشريع —
الاجتهادى .

— المرجع السابق : ص ٢٨٨ وما يليها ، للمؤلف .

بالعقد أو الشرط بعينه حتى يحلّه ويجيزه ، فعدم ورود دليل —
التحريم كاف في الدلالة ، على الحل والمشروعية .

ثالثا — وأما استدلالهم بنص الحديث : " ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، ولو كان مائة شرط " فليس المقصود بكتاب الله هنا خصوص القرآن الكريم ، بل شرع الله ، وما فرضه ، كتابا وسنة ، نصوحا واستنباطا ودلالات (١) ، كما قدمنا .

رابعا — هذا ، وإذا كان " الأصل " أن الشارع قد منع الإنسان حرية التصرف فيما يملك من مال أو حق ، واعتبره نافذا شرعا ، وكان العقد أو الشرط في الوقت نفسه ضريا من التصرف ، نتج عن هذه المقدمة ، أن الشارع أباح له حرية التعاقد عقودا ، وشروطا ، بمقتضى هذا الأصل ، وليس لأحد ولاية الحجر على المالك فيما يملك ، إلا إذا أضربغيصره من الفرد أو المجتمع ، ضررا فاحشا ، أو صادم نكاحا خاصا أمرا ، أو ألغى مقتضى العقد ، أو اتخذ من العقد وسيلة لتحليل محرم أو هدم واجب .
خامسا وأيضا ، إذا كان الأصل أن العقد أو الشرط ضريا من التصرف في الملك كما قلنا .

— والتصرف في الملك نافذا شرعا ، فلا يمكن أن يكون التصرف نافذا إلا إذا أبيع للمالك أن يتصرف فيما يملك عن طريق العقد أو الشرط ، والا لم يكن لهذا النفاذ من معنى (١) بل لم يكن للملك أو الحق من معنى . — لهذه الأدلة ، كان مذهب الجمهور هو الراجع .

(١) أحكام المعاملات الشرعية : ص ٢٠٠ و ٢٤٠ وما يليها ، للشيخ علي الخفيف .

الفصل الاول مقومات العقد

نقصد بمقومات العقد ، ما يطلق عليه بعض الفقهاء ، " أركان العقد " ، وشروطه " سواء أكانت شرائط انعقاد ، أم شرائط صحة .
وأركان العقد ، قد درج كثير من الفقهاء على حصرها في " الصيغة " و " العاقدین " و " المحل " .
أما الهاءت " - ويطلق عليه " السبب " الدافع الى التعاقد -
فقد جرى فقهاء القانون على اعتباره " ركناً " في العقد ، بحيث تغدو أركانه أربعة .

(١) يطلق كثير من الباحثين في الفقه الاسلامي على مقومات العقد اصطلاح أركان العقد ، وهذا الاطلاق ليس متفقاً عليه بين المذاهب الفقهية ، اذ الحنفية يطلقون الركن على ما كان جزءاً من الماهية ، بحيث لا تتحقق الا به ، والعقد لا ركن له بهذا المعنى الا " التراضي " أو " صيغة العقد " من الايجاب والقبول " وما يقوم مقامها ، وما عدا ذلك فلوازم للعقد لا يتصور قيامه الا بتوافرها ، وهي خارجة عن ماهية العقد ، ولذلك لا يتحقق فيها معنى الركن ، عند الحنفية .
أما المالكية ومن معهم ، فيطلقون الركن على ما هو أعم من الجزء الداخل في ماهية الشيء ، بحيث لا تتحقق ذاتيته الا به ، وعلى ما يتوقف عليه وجوده ، مما هو خارج عن ماهيته ، ولذا اطلقنا كلمة " المقومات " تليقاً لهذا الخلاف .

غير أنهم يخلطون — فيما يبدو بين شرائط المحل وبين " الباعث " خلطاً " لا ينهي " عن الدقة في التمييز بين المفاهيم ، فمن ذلك ، أنهم يعتبرون العقد باطلا لعدم مشروعية السبب إذا كان اتفاقاً بين طرفين على أن يقوم أحدهما بسرقة ، أو جريمة قتل ، وهذا ليس من معنى الباعث في شيء ، بل هو من قبيل شروط " محل " العقد الذي لم يتوافر فيه شرط كونه قابلاً لحكم العقد وأثره ، وهو " المشروعية " إذ محل الالتزام هنا القيام بعمل ، ومن شروطه ، أن يكون محله مشروعاً ، والجرائم ليست محلاً للالتزام التعاقدى أصلاً .
وأما الباعث ، فأمر وراء ذلك ، إذ يقصد به الدافع أو " العنصر النفسي " الذي يحمل المتعاقد أو كليهما على تحقيق غرض غير مباشر ، فضلاً عن الغرض الأصلي للتصرف ، وذلك باتخاذ التصرف المشروع في ذاته ذريعة أو وسيلة لتحقيق غرض مشروع ، مع كون العقد في ذاته ، صحيحاً مستكلاً أركانه وشرائطه ، صيغة وصحلاً وأهلية .
وأياً ما كان ، فالقهاء قد تناولوا هذا " السبب " بالبحث ، ولا سيما الإمام الشاطبي من الأصوليين والقهاء في الفروع ، والحنابلة بوجه خاص ، قد نصوا على ذلك .
— تطبيقاً لفكرة الباعث — بقولهم : " بيع العنب من يعصره خيراً باطل (١) .

(١) المغني : ج ٤ ، ص ٢٢٣ — لابن قدامة — الفتاوى : ج ٣ ص ٤٠ وما يليها — ابن تيمية وانظر نظرية الباعث نفسي هذا الكتاب .

ومنشأ البطلان أو علته ، هو خرم قواعد الشريعة ، باحلال محرم أو هدم واجب باتخاذ التصرف المشروع وسيلة الى ذلك ، وهذه مناقضة لقصد الشارع ، فالمناقضة بين القصدين ، قصد المكلف ، وقصد الشارع ، سبب يبطل للتصرف أو العقد بالاجماع ، بما اتخذ وسيلة لتحقيق غرض غير مشروع ، وهو ضرب من التعاون على الاثم ، المنهي عنه بالنص .

غير أن " السبب " بهذا المعنى ، ليس ركناً في العقد ، بل هو شرط انعقاد ، أو شرط صحة ، على رأى الجمهور ، إذ لا يفرقون بينهما من حيث أثرهما في ابطال العقد عند انتفائهما ، بمعنى أنه يشترط أن يكون " الباعث " مشروعاً .

هذا ، ولا خلاف بين الفقهاء والاصوليين ، في وجوب أعمال " الباعث " في التصرف أو العقد ، بوجه عام ، وإنما الخلاف في التطبيق ، أى في تحقيق مناطه . فترى فريقاً منهم يكتفي بالقرائن دليلاً على تحقيق مناطه في الوقائع ، وهذا أخذ بما يسمى بالارادة الباطنة فيبطل العقد ، ولو كان سليماً من حيث الشكل ، وهو " لا هم المالكية والحنابلة " .

وأما الفريق الآخر ، فيأخذ بالارادة الظاهرة ، ولا يعبأ بالقرائن على

-
- (١) خلافاً للحنفية الذين يفرقون بين شرط الانعقاد ، وهو شرط تكويني ، لقيام للركن الا به ، فيؤثر انتفاؤه على قيام العقد وانعقاده ، فيكون باطلاً ، بخلاف شروط الصحة فتأثير انتفائه مقصور على أحداث خلل في صفات العقد من الفساد ، دون البطلان كما تعلم .

عدم مشروعية الباعث ، ليبطل العقد الصحيح من حيث الشكل والظاهر . بل يشترط أن يكون " الباعث " مصرحاً به في عبارة أو صيغة العقيد . ليعتبره ، وهذا أخذ بالارادة الظاهرة .

وهكذا ترى أن الخلاف في تحقيق المناط ، لا في أصل القاعدة (١) . فتخلص أن مقومات العقد في الفقه الاسلامي أربعة :
١ - الصيغة ٢ - المحل ٣ - العاقدان ٤ - السبب أو الباعث . وتتناولهما بالبحث في فصول أربعة .

المبحث الاول

صيغة العقد

يؤصل الفقه الاسلامي ، قاعدة عامة مؤداها : أن " التراضي هو أساس التعاقد " بمعنى أن " العقد " لا ينشأ شرعاً الا بالتراضي ، وقد ثبت ذلك بالكتاب والسنة ، وهذا ما يطلق عليه اليوم " مبدأ الرضائية في العقود " .

أما الكتاب ، فلقوله تعالى : " لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، الا أن تكون تجارة عن تراض منكم " .

والتجارة تشمل سائر العقود والمعاملات . ووجه الدلالة : أن الشارع الحكيم ، قد جعل " التراضي " أساس نشوء العقد ، وحل انتفاع كل

(١) هذا ، فيما يتعلق بالسبب ، وقد آثرنا تقديم هذه الإشارة اليه لكي نحيله الى نظريته التي تناولت بحثاً تفصيلياً هذا - الكتاب ، والقررة هذا العام حسب الخطة الدراسية الجديدة وعنوانها " نظرية الباعث " .

من المتعاقدين بمال الآخر ، اذا استوفى سائر شرائطه ، وعبر
بما لكل ، لأنه من أعظم ضروب الانتفاع ، لالتخصيص به ، هذا في العقود
التبادلية المالية .

وأما في التبرعات ، فكذلك ، لقوله سبحانه : " فان طبن لكم
عن شيء منه نفسا ، فكلوه هنيئا مريئا (١) " وهذا صريح ، بأن طيب
نفس المتبرع ، هو أساس نشوء حكم حل انتفاع المتبرع له بالمتبرع به — من
مال المتبرع .

يؤكد هذا ، قوله — صلى الله عليه وسلم — : " انما البيع عن تراض "
وقوله " لا يحل مال امرئ مسلم ، الا بطيب نفس منه " .
غير أن " الرضا أو " طيب النفس " عنصر نفسي ، لا يمكن الاطلاع عليه
فأناط الشارع حكم " العقد " بما يقوم مقام هذا العنصر النفسي الخفي
وهو " الصيغة " لكونها أمرا ماديا ظاهرا منضبطا ، مدركا ، محسوسا
يمكن اثباته أمام القضاء عند النزاع وسنن الشارع في مثل هذا ، أن يقيم
السبب الظاهر المنضبط ، مقام الأمر الخفي مناطا للحكم ، كاقامة السفسر
مقام المشقة غير المعتادة ، لخفائها ، رخصة للفطر في رمضان .
فالصيغة اذن اقيمت مقام التراضي لخفائه ، مظهرها له ، ودليلا عليه .
معنى الصيغة :

الصيغة هي ما يصدر عن العاقدین ، من الايجاب والقبول
أو ما يقيم مقامها ، من الكتابة ، والاشارة ، والبهادلة الفعلية (٢) .

-
- (١) السنن — بفتح السين والنون — الطريقة المملوكة في الشرع .
أو القاعدة العامة .
(٢) يعبر عنه بالتعاطي .

قرينة دالة على التراضي ، أو إمامة على الإرادة الخفية .
وعبارة أخرى ، ما يصدر عن المتعاقدين ، من قول أو فعل دليلا
على الإرادة .

وصيغة العقد هذه ، أضحت هي السناط ، لأنها علة نشوء العقد وسبب
قيامه ، دون الإرادة الخفية ، لخفاها .

على أن هذه " الصيغة " تصلح " مظنة " للتراضي ، مادام
لم يقدّم دليل قاطع أو قرينة قوية ، تنقضها ، وتدل على أنها لا تنص
عن الإرادة فعلا ، فتصبح حينئذ مفرغة من مضمونها ، كما إذا وجدت
" الصيغة " وكان أحد العاقدين مجنوناً ، أو صبيّاً غير مميز ، لانقضاء
الإرادة قطعاً ، فتصبح " الصيغة " عندئذ غير ذات موضوع ، أو مضمون
فتبطل بالتالي سببيتها لنشوء العقد ، لقيام الدليل على انتفاء أساسه
وهو الإرادة .

وعلى هذا ، فالصيغة ليست دليلاً قاطعاً على الإرادة ، وإنما
هي مجرد قرينة تحتل إثبات العكس ، وهذا مانسب " المظنة " لقيام
احتمال بطلانها بالدليل القوي .

هذا ، ويطلق بعضهم على " الصيغة " من قول أو فعل ، " الإرادة
الظاهرة " باعتبارها مظهراً تعبيرياً للإرادة الباطنة ، أو التراضي النفسي
والمفروض في الإرادة الظاهرة " الصيغة " أن تكون مطابقة للإرادة الباطنة
حتى تصلح دليلاً عليها ، لأنها مظهر لها ، وقائمة مقامها ، كما بينا .
هذا ، والأصل في " الصيغة " أن تكون بالقول ، لأنه أدل على
المراد ، غير أن الشارع ، أجاز أن تكون أداة التعبير بالقول ، أو
الكتابة ، أو الإشارة ، أو الفعل ، تيسيراً للناس ورفعاً للحرج عنهم .

واستجابة أحيانا لقتضيات الضرورة ، كما سيأتي تفصيله .

الفرع الأول مكونات الصيغة

تتكون الصيغة في العقود التبادلية ، أو ثنائية الطرف ، من
الايجاب والقبول .

اجتهاد الفقهاء في حقيقة الايجاب والقبول :

لم تتفق آراء الفقهاء على معنى " الايجاب والقبول " .
آ — فذهب الحنفية ، الى أن الايجاب (١) هو ما صدر أولا ، من
أحد المتعاقدين المملك أو المملك ، دالا على ارادته انشاء العقد
في الحال ، والرضا بالالتزام بآثاره .
وأما القبول فهو ما صدر ثانيا من الطرف الآخر ، دالا على موافقته ورضاه
بما تضمنه ايجاب الأول . كما بينا آنفا .
وعلى هذا ، فلو قال المشتري : اشتريت منك هذه الأرض ، بمائة
ألف كان ذلك ايجابا ، بصدوره أولا ، ولو كان الموجب هنا ممتلكا
وهو المشتري ، حتى اذا قال البائع ، رضيت أو قبلت ، كان ذلك
قبولا ، كان ذلك قبولا . لصدوره ثانيا ، ولو كان

(١) . الايجاب لغة الالتزام والاثبات ، فالموجب هو من ألزم نفسه —
بضمون ما صدر منه أولا حال انشاء العقد ، من قول أو فعل
وهو معنى يتفق مع المعنى الفقهي كما ترى .

أما القبول ، لغة فهو الموافقة ، والتصديق والتلقي ، والأخذ
فتح القدير : ج ٢ ص ٢٤ — وراجع الفروق : ج ٢ — الفرق الثالث
للقرائسي .

هو المملك •

وتعليل ذلك ، أنه لا يتصور تقديم القبول ، لأن التقديم انما يكون —
للايجاب ، بقطع النظر عن كون الموجب ، مملكا ، فالصادر أولا هو
الايجاب •

هذا ، ولو قدم القبول لم يكن قبولا ، لانتهاء معناه ، كما
لا يتصور " تعاصر " الايجاب والقبول ، بل لابد أن يزدا متعاقبين ،
حتى لو تعاصرا ، وصدرا معا ، لا ينعقد العقد (١) •

ب — وذهب غير الحنفية ، الى أن الايجاب هو ما يصدر عن المملك (٢)
دون الممتلك ولو صدر متأخرا ، اذ العبرة بمعنى التملك والتملك ،
لا يتقدم صدور العبارة وتأخرها •

والقبول ، هو ما صدر عن الممتلك ، ولكننا نرى أن مذهب الحنفية ،
أرجح ، اذ القبول معناه أن شيئا قد تقدمه ، ثم تمت الموافقة عليه ،
اطلاقا للالفاظ على حقيقة مدلولاتها •

على أن كلمة " نعم " تكفي في الدلالة على الموافقة والقبول ، اذا تقدمها
الايجاب •

الفصل الثاني

المادة اللغوية ، والصفة الزمنية للفظ الذى يتحقق به

الايجاب والقبول

آ — المادة اللغوية : الأصل في التعبير عن الارادة ، هو اللفظ

(١) البحر الرائق / ج ٥ ص ٢٦٢ — ٢٦٣ مجمع الأنهر : ج ٢ ص ٤ •

(٢) كالبائع مثلا ، لأنه مالك المبيع ، فكان عقد البيع لتمليك المبيع

للمشتري ، من قبل مالكة وهو البائع •

لسهولته ، وقوة دلالة ، ولذا كان أكثر استعمالا ، وكان غيـسـره
من الكتابة ، أو الإشارة ، أو الفعل ، قائما مقامه .
وليس معنى هذا ، أن الفقهاء قالوا بتعيين " اللفظ " أداة للتعبير
عن الإرادة بحيث لا يتحقق الإيجاب والقبول إلا به ، فهذا ما لم يقل به
أحد ، وإنما الذي ذهبوا إليه أن كل لفظ واضح الدلالة ، يـمـسـن
الانصاح عن إرادة العاقدين إنشاء العقد في الحال سواء أكان على
سبيل الحقيقة أم المجاز ، مادام مصحوبا بالقرينة الدالة ، تتحقق به
الصيغة من الإيجاب والقبول ، وينشأ العقد شرعا ، لتوافر ركته ، فليس
اللفظ شرطا . غير أن الشافعية والحنابلة ، استثنوا من هذا الأصل
عقد الزواج ، فأوجبوا أن تكون صيغة الإيجاب في هذا العقد بلفظي
النكاح والتزويج ، ومشتقاتهما ، دون غيرهما من الألفاظ ، ولو كانت واضحة
الدلالة ، حقيقة أو مجازا ، لقيام القرينة ، ذهبا منهم إلى أن هذا
العقد لخطورته ، حيث يحل المرأة بعد أن كانت حراما ، وجليل آثاره
من النسل وبناء الأسرة ، جعل الغلبة للمعنى التبعدي فيه ، فأوجب
ذلك الوقوف عند مادة اللفظ التي عبر بها القرآن والسنة ، لإنشائه ،
وهو النكاح والزواج ومشتقاتهما ، تعيدا .
أما الحنفية والمالكية ، فلم يفرقوا بين عقد الزواج وغيره ، في هذا
العدد ، فكان اللفظ الذي يتحقق به الإيجاب في عقد الزواج في فقههم
أكثر يسرا ، إذ أجازوا كل لفظ يدل على تملك العين ، ولو مجازا ،
إذا قامت القرينة التي تدل على معنى الزواج ، من تسمية المهر وقدره
واحضار الشهود ، شريطة أن يكون الشهود على بينة من هذا المعنى
أيضا ، بحيث لا يعترضه لبس ولا إبهام ، عملا بمقتضى القاعدة :

” العبرة في العقود للمعاني ، لا للألفاظ والمباني (١) ” .

وعلى هذا ، ينعقد الزواج بالكتابات من الصدقة ، والجعل ،
والتملك والهبة ، اذ يجمع بينها معنى مشترك ، هو ” تملك العين (٢) ”
والقرينة تصرفه الى معنى الزواج المقصود ، وهو ما لم يجزه الشافعية —
والحنابلة ، كما ذكرنا ، وهو لا وان عملوا بقتضى قاعدة ” العبرة في
العقود للمعاني ” في انشاء العقود ، لكنهم استثنوا منها عقد
الزواج لما بينا .

فلو قالت المرأة : وهبتك نفسي على مهر قدره عشرة آلاف ، وقال
مريد الزواج : قبلت أو رضيت ، تم العقد ، بلفظ ” الهبة ” لقيام
القرينة ، وهو تسمية المهر وقداره ، على ارادة معنى الزواج ، مجازا
والمعنى المشترك بين الهبة والزواج ، هو ” تملك العين ” في كل
منهما ، بما يسوغ استعمال الهبة كناية عن الزواج ، والعبرة في —
العقود للمعاني ، وهذا المعنى ظاهر للشهود كذلك ، خلافا للشافعية
والحنابلة ، اذ لا يرون انعقاد الزواج بذلك ، بل لابد — في اجتهادهم
من استعمال لفظ النكاح والزواج وشقتاتهما ، كما ذكرنا — .
أما ” القبول ” في عقد الزواج ، فلا يشترط أن يكون بلفظ الزواج
أو النكاح ، بل يصح بكل لفظ يدل على الموافقة والرضا ، كقوله قبلت
أو رضيت ، اجماعا .

(١) الجلسة ، مادة ٣

(٢) ويلزم عن هذا ، أنه لا ينعقد النكاح بكل لفظ لا يفيد ذلك ،
أعني تملك العين ، بأن كان لتملك المنفعة ، يعرض أو بدون
عرض أو الاحتباس من مثل : الاعارة أو الوديعة ، أو الاجارة أو الرهن
أو مالى ذلك .

وعلى هذا ، فالفقه الاسلامي — بوجه عام — لا يتعلق بالشكلية أو اللفظية في انشاء العقود .
على أن الفقهاء استثنوا عقد الزواج أيضا ، من الأصل العام ، وهو جواز التعاقد بالنطق أو الكتابة ، أو الإشارة ، أو المبادأة الفعلية فلم يجيزوا التعاقد فيه الا بالنطق وحده ، اذا كان بين حاضرين ، وذلك لما كان الشهود شرطا في صحة عقد الزواج ، اذ لا يتأتى سماعها بالإيجاب والقبول ، في وقت واحد ، الا اذا كان التعاقد باللفظ ، دون غيره من الكتابة وما إليها .

فهم ، يجوز التعاقد بالكتابة في عقد الزواج بين غائبين ، لضرورة الغيبة ، ولا ضرورة اذا كان بين حاضرين .
هذا ، ونرجح اجتهاد الحنفية والمالكية فيما يتعلق بالمادة اللفظية التي يتحقق بها الايجاب والقبول في عقد الزواج ، بحيث ينعقد — كسائر العقود — بكل لفظ يدل عليه حقيقة أو مجازا ، اذ العبرة في العقوبة للمعاني كما ذكرنا .

ويؤيد هذا ، أن القرآن ، والسنة المطهرة ، قد ورد فيهما استعمال لفظ " الهبة " و " التملك " تعبيرا عن الزواج ، مجازا مع أصطحاب القرينة الدالة على ذلك ، في قوله تعالى : " وامرأة مؤمنة ، ان وهبت نفسها للنبي ، ان أراد النبي أن يستنكحها ، خالصة لك ، من دون المؤمنين (١) " .

(١) ولا يقال ان لفظ " الهبة " في الآية الكريمة ، انما كان جواز استعمالها تعبيرا عن الزواج ، من باب " الخصوصية " للنبي — صلى الله عليه وسلم — ومعلوم أن ما كان واردا في الشرع على سبيل الخصوصية ، فان حكمه لا يعم ، لا يقال هذا ، لان " الخصوصية " — في الواقع — انما كانت في اباحة الزواج للرسل — صلى الله عليه — بدون مهر ، لافي استعمال لفظ مكان لفظ " الاحزاب " .

وكذلك في قوله — صلى الله عليه وسلم — : " ملكتها بما معك من القرآن " وأما سائر العقود ، فيصح انعقادها بشكل لفظ يدل على ارادة انشاءها ، بالكتابة مطلقا ، بل وبغير ذلك من وسائل التعبير والقاعدة العامة في هذا ، ان " الكتاب كالخطاب " (١) .
وتأسيسا على هذا ، فان " اللفظ " وان كان هو الأصل في التعبير عن الارادة التعاقدية ، بل عن المعاني النفسية عامة ، وانه أيسر ، وأدق ، من حيث كونه الارادة الطبيعية العامة ، بدليل أنه أكثر استعمالا ، غير أن الفقه الاسلامي ، لم يوجب استعمال " اللفظ " او النطق سبيلا متعينا لانشاء العقود ، ولا استعمال ألفاظ معينة بذاتها خاصة بكل عقد على حدة ، دون غيرها ، وعلى سبيل الحصر ، تعلقا بالشكلية أو اللفظية ، بل كل لفظ بين الدلالة على هذه الارادة ، يصلح اداة للتعبير عنها ، حسب عرف الناس في مخاطباتهم ، وتعاملهم ويتحقق بها الايجاب والقبول وينشأ العقد ، كما يجوز بالكتابة وغيرها ، مما تعارفه الناس وسائل للتعبير عن اراداتهم لوحدة المناط ، على ما سيأتي بيانه . فلا شكلية ولا لفظية في انشاء العقود والتصرفات في الفقه الاسلامي .
ب — الصيغة الزمنية للفظ الذي يتحقق به الايجاب والقبول :

للفعل — كما هو معلوم — ثلاث صيغ زمنية : الماضي — والمضارع — والأمر .

١ — أما صيغة الماضي ، فالأصل أنها للاخبار عن فعل حدث في الزمان الماضي وانتهى قبل زمن التكلم ، غير أن الشارع اتخذها صيغة للانشاء ، في عرفه هو ، والحقيقة الشرعية مقدمة على الحقيقة اللغوية

في الاعتبار .

وبيان ذلك ، أن الحقيقة الشرعية للعقد ، هي انشاء معنى في الحال لم يكن حاصلًا من قبل ، وهذا المعنى لا يوجد في اللغة صيغة خاصة به تدل عليه ، لأن الفعل الماضي — كما قلنا — اخبار عن حدث وقع في الزمن الماضي وانتهى ، قبل زمن التكلم ، ولم يوضع أصلاً لانشاء معنى في الحال ، وعند التكلم ، لذا اصطفى المشرع للدلالة على معنى الانشاء صيغة الماضي (١) ، لأنها أدل على وقوع وتحقيق معنى ايجاد العقد في الحال ، دون غيرها من الصيغ الزمنية ، فكان الماضي ذا حقيقة شرعية في عرف المشرع ، فينعقد به العقد ، دون حاجة الى قرينة أو نية .

على أن عرف الناس قد جرى على استعمال صيغة الماضي في الإيجاب والقبول ، لانشاء العقود ، في عصر الرسول — صلى الله عليه وسلم — بل قبل الاسلام ، والمشرع باصطفائه هذه الصيغة ، حقيقة شرعية للتعبير عن ارادة انشاء العقد في الحال ، يكون قد أقر هذا العرف الاستعمالي .

وأياً ما كان ، فمرد صيغة الماضي مظهراً للتعبير عن التراضي ، بحيث ينعقد بها العقد بذاتها ، دون توقف على أي شيء آخر ، هو الشرع ، اصطفاً أو اقراراً ، وكذلك في التصرف الانفرادي ، من مثل طلقت وخالعت ، ووقفت ، وأبرأت .

هذا ، وصيغة اسم الفاعل ، كصيغة الماضي ، ينعقد بها العقد بذاتها ، من مثل اني موص ، أو واقف ، أو بائع ، تعبيراً عن الإيجاب ، وانسي (١) قد وردت في السنة أدلة تفيد استعمال الرسول — صلى الله عليه وسلم — صيغة الماضي في انشاء العقد .

مشتر ، أو راصر أو قابل ، تعبيراً عن القبول — وما مثله ، كسل .
ذلك ينمقد به العقد ، دون توقف على نية أو قرينة .
على أن العرف في صيغ العقود محكم .
وعلى هذا ، فإن صيغة الماضي للأفعال ، اعتبرت — في حد ذاتها —
سبباً ينشأ العقد (١) به ، ولو أنها في أصلها اللغوي اخبار —
تقدماً للحقيقة الشرعية على الحقيقة اللغوية ، كما أشرنا ، وهذا مما
انعقد عليه الاجماع .

٢ — صيغة المضارع :

الفقهاء يوثرون التعبير بصيغة الماضي ، لأنها أدل على الإرادة
الجازمة في انشاء العقد ، حال التكلم ، وتحقق معناه ، من سواها ،
فكانت أفضل ، ولكنها ليست شرطاً لصلاحية الصيغة لانعقاد العقد بها
حتى إذا عبر العاقدان " بصيغة المضارع " وقامت " القرينة " على
إرادة انشاء العقد في الحال ، انعقد العقد بها ايضاً ، لكن
لا بد من ثبوت النية أو قيام القرينة التي تثبت هذا القصد . ذلك ، لأن
" صيغة المضارع " ليست متمحضة الدلالة على الحال ، في أصل
وضعها اللغوي بل تحتل الدلالة على المستقبل أيضاً ، وترجع دلالتها
على الحال ، إنما يكون بالنية والقصد ، أو القرائن الملائمة فإذا قال :
أبيعك هذا البيت بمبلغ كذا الآن ، وقال الآخر ، رضيت أو قبلت ، انعقد
العقد بها ، لقيام " النية " على إرادة انشاء العقد في الحال . —
بقوله " الآن " وهي قرينة لفظية تقطع احتمال إرادة معنى الاستقبال

(١) فلا تدل حينئذ على إرادة انشاء العقد في الحال ، بل على
الوعد مستقبله أو المساومة ، وهذا مما يتنافى مع معنى العقد بدهاء .

الذى يفيد الوعد بإنشاء العقد في المستقبل أو المساومة ،
ما يتنافى مع الإرادة الجازمة التي تتجه إلى إنشاء العقد في الحال
لأنها أساس التعاقد ، أو مناط الانعقاد .
وتفسير اشتراط النية أو قيام القرائن في استعمال " صيغة المضارع "
هو كثرة استعمال هذه الصيغة في الاستقبال (١) ، دون الحال ،
وهو ما يضاد معنى العقد ، وحق يقته ، من حيث كونه إنشاء معنى في
الحال ، باتجاه الإرادة الحاسمة النهائية إلى ذلك ، فلا ينعقد العقد
بهذه الصيغة إلا بالنية ، أو بالقرائن الملائمة التي تدل على ترجيح —
إرادة الإنشاء في الحال ، وقطع احتمال الوعد أو المساومة في المستقبل .
وعلى هذا ، فإذا لم تثبت النية ، أو القرينة ، لا ينعقد العقد بهذه
الصيغة ، كما قلنا . ومن باب أولى ، لا ينعقد العقد بهذه الصيغة
(المضارع) إذا اقترن بها ما يدل على تحضه للاستقبال ، من مثل
السين أو سوف ، حتى ولو نوى بها العاقد الإيجاب والقبول ، فلو قال :
سأبيعك سيارتي هذه بمبلغ كذا ، أو سوف أبيعها ، لا ينعقد العقد ،
لتحضر هذه الصيغة للاستقبال الذى يفيد الوعد أو المساومة ، فلا تصلح
دليلا على الإرادة الجازمة لإنشاء العقد في الحال ، ولو نوى ذلك
أخذا بصريح دلالة الصيغة ، أو العبارة أو ما يسى بالإرادة الظاهرة .
العرف حجة في ترجيح أحد احتمالات الصيغة الزمنية للفظ .

اتفق الفقهاء على أن " صيغة المضارع " إذا تحضت للدلالة
على الحال ، عرفا ، انعقد بها العقد ، دون توقف على قرينة

أونيسة (١) وصارت كصيغة الماضي • فالمدار — كما ترى —
على العرف في ترجيح أحد احتمالات الصيغة الزمنية •
وتفسير ذلك • ان العرف يخرج الصيغة المحتملة عن أن تبقى مجالا
للشك أو الاحتمال ويعين لها معنى واحد • يجب المصير اليه •
والأخذ به لجريان العرف على استعمالها فيه وحده • بحيث اوضحت
لاتدل الا عليه • لذا كان وجوب تقديم الحقيقة العرفية هذه • على
الحقيقة اللغوية للصيغة • أو للفظ • أصلا من أصول التفسير • اذ العرف
نفسه أصبح هو " القرينة " الدالة على ذلك المعنى المتعين فهمه
من الصيغة حين استعمالها • واعتباره مرادا للعاقدين من تلك الصيغة
اذا استعمالها فيه • بحكم تواضع الناس عليها • فضلا عن أنها دليل
في الوقت نفسه — على هجر الناس لساثر احتمالات معناها اللغوي •
والا ماجرى تعارفهم عليها • واحتكامهم اليها • عند النزاع •
هذا • والاستفهام لا ينعقد به العقد • لأنه ليس انشاء للعقد • بل
طلب الاجابة عن سؤال • ما عدا عقد الزواج • فانه يتم بالاستفهام
وبالمضارع • والأمر على السواء • لانتفاء احتمال الوعد والمساومة فيه
فضلا عن انعقاده بصيغة الماضي فلو قال : هل تزوجني ابنتك على مهر
قدره عشرة آلاف ؟ فقال الولي قبلت • أو نعم • تم العقد •
٣ — فعل الأمر :

قدمنا أن " صيغة الماضي " ينعقد بها العقد اجماعا • دون
أن تتوقف على شيء آخر • لأنها تعينت بذاتها • للدلالة على ايجاد

(١) البحر الرائق : ج ٥ ص ٢٦٤ — مجمع الأنهر : ج ٢ ص ٤ •
وقولنا : تمحضت — أي تعينت وحدها دون سواها •

العقد في الحال ، وعند التلطف بها ، وهذا هو معنى العقسد
أخذا بظاهر هذه العبارة ، أو الصيغة ، أو ما يسي بالارادة الظاهرة
كما أشرنا .

وأما " المضارع " فان تعينت دلالة على ذلك ، عرفا ، كان
كالماضي " في الحكم ، لأن العرف يقطع احتمال الاستقبال ، فهو خذ
حيثخذ بظاهر الصيغة ، دون توقف على شيء آخر من قرينة أو نية .
اذ الدلالة العرفية للصيغة خجبة .

أما اذا لم يجز بصيغة المضارع عرف ، فلا يده حيثخذ من القرينة
التي ترجح ارادة الانشاء في الحال ، دون احتمال الاستقبال .
هذا ، وما يقال في " صيغة المضارع " بقول أيضا في " صيغة الأمر "
فاننا أريد به الحال ، وشتت النية أو القرينة التي تدل على ذلك ،
انعقد العقد ، وهذا هو رأى مالك والشافعي وأحمد ، اذ ليس ثمة
فرق — في اجتهادهم — بين المضارع والأمر .

فانما قال : يعني هذا المنزل بمائة ألف ، ايجابا ، فقال
الآخر ، قبلت ، أو رضيت ، أو اشتريت ، تم العقد .
أو قال يريد الشراء ايجابا ، اشتريت منك هذا البيت بمبلغ كذا ، فقال
الآخر هات الثمن ، انعقد البيع .

هذا اذا جرى العرف باستعمال صيغة الأمر في الايجاب أو
القبول ، على السواء ، للدلالة على ارادة ايجاد العقد في الحال ،
ولا يبحث عن القرينة أو النية ، لأن العرف كاف ، اذ هو القرينة أو —
الدليل على ترجيح معنى ارادة الانشاء حالا ، على أى احتمال آخر ،
ولا فرق بين عقد وعقد ، وبذلك تحمل صيغة الأمر على معنى ارادة انشاء

العقد ، أو على الإيجاب والقبول ، بقريضة العرف ، دون معناها الأصلي ، وهو طلب إيجاد المأمور به في المستقبل .
أما إذا لم يجر العرف بذلك ، فلا ينعقد العقد ، مع قيام احتمال المساواة أو الوعد ، فلا بد من الترجيح بثبوت القريضة ، كما قدمنا في صيغة المضارع .

وأما الحنفية ، فالواقع أنهم لا يخالفون عن هذا الأصل .
غير أنهم قالوا فيما يتعلق بعقد البيع خاصة ، ان صيغة الأمر تحتل الدلالة على ارادة المساواة ، أو الوعد ، لأن هذه الصيغة - في أصل وضعها اللغوي - تفيد طلب إيجاد الفعل في المستقبل ، ومسح هذا الاحتمال لا تكون قاطعة الدلالة على ارادة انشاء العقد حالا ،
أو لم تعد متعينة الدلالة على ذلك ، ان مدار الأمر على تعيين الدلالة ، وأغلب الظن ، أن ما يلبس " عقد البيع " خاصة من احتمال المساواة هو الذي حملهم على هذا الرأي .

يرشد إلى هذا ، أنهم قالوا بانعقاد الزواج بصيغة الأمر -
وعلموا ذلك بانتفاء احتمال المساواة فيه ، ان لا يكون الاقدام على عقده عادة الا بعد الفراغ من الخطبة ، ومن المفاوضة ، والمشاورة ، وتقدير المهر ، وهذا قريضة على نفي احتمال المساواة ، بخلاف " البيع " .
وعلى هذا ، فان لازم مذهب الحنفية ، القول بانعقاد العقد - بصيغة الأمر - اذا انتفى احتمال الوعد أو المساواة ، بأن جرى " العرف " باستعمال صيغة الأمر في أبرام العقود ، لأن العرف ينقل الصيغة من معناها الأصلي ، لجعلها متعينة الدلالة على ارادة الإيجاب والقبول أو معنى الانشاء في الحال ، دون أي احتمال آخر ، وبذلك يلتقي

الحنفية مع الجمهور في حكم استعمال صيغة فعل الأمر في انشاء العقد ، أما إذا لم يجز باستعمالها العرف ، فحكمها عندئذ ، حكم صيغة المضارع المحتملة ، لا ينعقد بها إلا إذا دلت القرائن على ذلك (١) . فتلخص ، أن الممول عليه في استعمال صيغة المضارع أو صيغة الأمر في انشاء العقد ، هو وضع الافهام أو تعيين الدلالة على ارادة انشاء العقد حالا ، أما بانهات دلالة القرينة المصاحبة للتلفظ بها ، إذا كانت الصيغة محتملة ، أو جريان العرف باستعمالها في هذا المعنى وحده ، لأن العرف — كما ذكرنا — يخرج الصيغة المحتملة عن أن تبقى محملا للشك والاحتمال ، ويجعلها متعينة الدلالة على ارادة انشاء العقد ، حالا ، وبذلك ينزل الفقه الاسلامي " صيغ العقود " على عرف الناس في مخاطباتهم وتعاملهم ، إذ هو الأساس في تبين مقصودهم ، — من صيغهم ، تيسيرا لهم ، ورفعا للحرج عنهم ، وتحقيقا لمصالحهم التي اتجهت رغائبهم اليها (٢) .

الفرع الثالث

وسائل التعبير عن الارادة

(صيغة العقد) بخير اللفظ

الأصل في التعبير عن الارادة ، هو النطق ، مظهرها لها ، كما نوهنا ، غير أن ثمة وسائل أخرى تفصح أيضا عن المعاني النفسية ، تقوم مقام اللفظ ، ويتحقق الايجاب والقبول بها ، في الفقه الاسلامي ، وهي :

(١) راجع أحكام المعاملات الشرعية : ص ٢٢٠ — ٢٢١ للشيخ علي الخفيف

(٢) المرجع السابق .

الكتابة ، والاشارة ، والمبادلة الفعلية (التعاطي) الدال على
التراضي .
آ - الكتابة :

القاعدة العامة أن " الكتاب كالخطاب " (١) كما قدمنا ،
وفاد هذا ، أن التعاقد بالكتابة ،
في الحكم ، من حيث كونهما مظهرا للإرادة ، يناط انعقاد العقد
ووجوده شرعا بهما ، كما ينعقد بغيرهما أيضا من الفعل والاشارة ،
ما يقوم ، مقام التراضي ، على ماسياً في بيانه ، لخفا حقيقة الإرادة
أو الرضا ، دفعا للحرج أو لقيام الضرورة .
هذا ، والكتابة بما هي أداة للتعبير عن الإرادة الجازمة ، يصح التعاقد
بها بين حاضرين ، كما يصح بين غائبين ، على الأصح ، لوحدة المناط
وهو توضيح الدلالة وقوة الانهمام ، وهذا ينتظم سائر العقود .
غير أن الفقهاء استثنوا من هذا الأصل ، " عقد الزواج " فلم
يجيزوا التعاقد فيه بالكتابة بين حاضرين ، ضرورة تمكين الشهود من سماع
الصيغة في وقت واحد ، الا عند قيام العذر من العجز عن النطق
بخلاف ما اذا كان بين غائبين ، لضرورة الغيبة ، فيجوز بالكتابة .
والغيبة ضرورة أو عذر استدعى جواز التعاقد بالكتابة مطلقاً ،
رفعا للحرج وسواء أكان العقد عقد معاوضة مالية ، أم عقد زواج ، أم
تصرفاً انفرادياً ، كالطلاق والزوجة غائبة ، أم غير ذلك من العقود .

(١) المجلة / مادة ٦٩ (٢) وان كان النطق هو الوسيلة الاولى
والأيسر استعمالاً ، والأوضح تعبيراً وانصاحاً ولذا كانت هي الأفضل .

هذا ، وإذا جاز التعاقد بالكتابة بين حاضرين ، على الأصح
كالنطق ، لوضوحها ، وقوة دلالتها ، فلأن تجوز بين غائبين من باب
أولى ، لمكان عذر الغيبة .

والقاعدة : ان الكتاب من الغائب ، كالنطق من الحاضر .

شروط انعقاد العقد بالكتابة :

هذا ، ويشترط لانعقاد العقد بالكتابة مايلي :

- ١ - أن تكون الكتابة مستبينة ، وهذا اصطلاح فقهي قديم يقصد
به أن تكون مكتوبة على قرطاس أو ما شابه ، لتثبت وتستقر .
- ٢ - أن تكون " مرسومة " بمعنى أن يكون موثقاً بصدورها من العاقدين
وأن تغرق في صيغ قد اعتاد الناس اتخاذها للتعبير عن قصدهم
لمضمونها ، على النحو الذي يتعارف عليه التجار مثلاً من صيغ يتخذونها
في كتاباتهم لصكوك الدين ، أو صيغ عقود الاجارة أو بيع العقارات ،
وموقعة في المكان المعد للتوقيع ، فضلاً عن تصديرها ببيان اسم كل من
طرفي العقد ، اذا كان ثنائياً ، بحيث لا يكون في كل اولئك محل للشك
أو التردد أو الابهام .

- ٣ - اتصال القبول بالإيجاب في مجلس قراءة الكتاب من قبل من
وجه اليه الإيجاب (المرسل اليه - القابل) .

قدمنا أن التعاقد بالكتابة ينعقد به العقد ، كالتعاقد بالنطق سواء
بسواء ، - على الأصح - لاستوائيهما من حيث أصل الدلالة على
إرادة إنشاء العقد . و قدمنا أيضاً ، أن الدلالة قائمة مقام التراضي ،
فكانت مناط حكم الشارع بانعقاد العقد ، لذلك سواء أكان العاقدان

حاضرين ، أم كان أحدهما حاضرا والآخر غائبا .
وعلى هذا ، فإذا صدر الإيجاب من أحدهما كتابة ، وصدر القبول من
الآخر ، كتابة أو قولا ، في مجلس العقد ، وهما حاضران ، انعقد
العقد ، لاتصال القبول بالإيجاب .
وكذلك الحكم فيما إذا كان أحدهما حاضرا والآخر غائبا ، فكتب أحدهما :
أني قد بعثت سيارتي ، بنبلغ كذا ، فإذا صدر القبول من الآخر اثر وصول
الرسالة اليه ، وقراءتها وتفهمه لمضمونها ، كتابة أو قولا ، انعقد العقد
لاتصال القبول بالإيجاب .
أذن من شروط انعقاد العقد ، اتصال القبول بالإيجاب ، مطلقا
سواء أكان العاقدان ، حاضرين أم غائبين .
وهذا الاتصال لا يكون الا في مجلس العقد ، فلهذا ماسيأتي بيانه
ومجلس العقد بالنسبة للغائبين المتعاقدين كتابة ، هو مجلس قراءة
الرسالة ، فلا بد أن يتم اتصال القبول بالإيجاب فيه ، وقبل انتهائه
والا فلا يتم العقد .
على أن " الغيبة " ليست شرطا في صحة التعاقد بالكتابة ، على
ما ذهب اليه الحنفية ، إذ لا يجوزون التعاقد بها الا عند التعذر -
كالغيبة ، بل يصح التعاقد بها حال الحضور أيضا ، على الأصح
وهو مذهب الشافعية ، لما بينا .

(١) ذهب بعض الفقهاء الى أن التعاقد بالكتابة ، لا ينعقد العقد
بها الا عند الضرورة ، وهي الغيبة والارجح ما بينا في المتن ،
من أن النطق والكتابة سيان من حيث الحجية ، لتحقيق المناط
فيهما ، وهو الدلالة الواضحة على الإرادة .

التعاقد بين غائبين بواسطة الرسول :

لا يتغير وجه المسألة بين أن تكون الرسالة كتابية ، أو بوقية ، أو تكون شفوية يحملها رسول ، ذلك ، أن الرسول سفير ومعبّر ، ينقل إيجاب المرسل مشافهة ، حتى إذا وصل الرسول مقر من وجهه إليه الإيجاب ، وبلغه إيجاب المرسل ، مشافهة ، وقبله المرسل إليه في مجلس التبليغ ، انعقد العقد في حكم الشرع ، واعتبر الرسول بمثابة الموجب المرسل نفسه ، وبذلك يتم الاتصال بين القبول والإيجاب ، وهو من شروط الانعقاد ، كما نوهنا .

بـ التعاقد بالإشارة :

الإشارة المفهمة دلالة عرفية خاصة ، اقتضتها الضرورة بالنسبة للأخرس أو معتقل اللسان (١) واستقرت في ذلك قاعدة عامة في الفقه الإسلامي مؤداها أن " الإشارة المعهودة للأخرس ، كالبيان باللسان " (٢) . أما أنها دلالة عرفية ، فواضح ، لكونها

(١) معتقل اللسان هو من كان قادرا على النطق ، ولم يعتقل لسانه لمرض ، بخلاف الأخرس الأصلي .

(٢) المجلة ، مادة ٧٠ . هذا ، والحنفية ، في رأيهم عندهم أن إشارة معتقل اللسان ، لا يعتد بها شرعا ما لم تستمر عقلته مدة ، ليتأتى أن تصبح معتادة في الأفهام ، علي خلاف رأي تحديد لها من ستة أشهر ، إلى سنة . والرأي الآخر ، أنها لا يحد بها ، ما لم تستمر عقلته حتى الموت ، وفي هذا حرج كبير وتعطيل لمصالحه طوال حياته ، والشرع ياباه ، لذا كان الرأي الأول أرقى بالناس وأدفع للحرج . ابن نجيم : ج ٣ ، ص ١٨٦ . ١٩٩ . السيوطي : ص ٣٣٤ — ٣٣٨ .

لا تقوم على التعبير اللغوي أصلا ، لانطقا ، ولا كتابة ، بل على ما اعتاد الناس أن يفهموه منها حين التعبير بها ، وهذا معنى كونها " معهودة " وأما أنها خاصة ، فلكونها اعتبرت حجة في الإفصاح عن الإرادة الباطنة ، بالنسبة للعاجز عن النطق وعن الكتابة على وجه الخصوص ، فإشارة الأخرس المعهودة تقوم مقام عبارة الناطق وكتابه ، إيجابا أو قبولا ، ولا يعتد بها في حق القادر على النطق أو على الكتابة ، عند الشافعية والحنفية في رواية ، وهو الأصح .

وأما أنها ضرورية (استثنائية) فلأن العاجز عن النطق والكتابة ، لا يتمكن من التعبير عن إرادته (إيجابا أو قبولا ، إلا بإشارته المعهودة ، فكان العجز ضرورة اقتضت اعتبارها ، استثناء ، ولا تعطلت مصالحه طوال حياته . هذا ، ولا يشترط في الإشارة ، الآن تكون مفهومة ، وقد اعتاد الناس ادراك المقصود منها عند التعبير بها ، والا كانت لغوا .

هل الأخرس القادر على الكتابة تقبل منه إشارته المعهودة

في التعبير عن الإرادة في فقه المذاهب :

تستوى - عند الجمهور - الإشارة والكتابة من الأخرس القادر على الكتابة ، من حيث الاعتداد بكل منهما شرعا ، بحيث يختار ما شاء منهما للتعبير عن إرادته ، لاستوائهما في الحجية ، سواء عبر بها عن القبول أم الإيجاب .

وهذا مبني على أصل استوائهما من حيث كون كل منهما أداة ضرورية استثنائية فيستويان لذلك ، حكما واعتبارا .

غير أن الشافعية (١) ورواية عن الحنفية (٢) ، أن الآخرس أو معتقل اللسان ، لا تقبل ادعائه الفهم إذا كان قادرا على الكتابة لأنها تعينت في حقه ، فلا يصح العدول عنها إلى الإشارة .
وعدهم (٣) في ذلك ، أن " الكتابة " أدل على المقصود (٤) ، أو قصد البيان فيها معلوم حسا وحيانا ، بخلاف الإشارة ، لما يعترضها من الغموض والاحتمال ، وهذا الاتجاه أقوى دليلا كما ترى .
على أن مبنى التسوية بين الكتابة والإشارة — في اجتهد الجمهور من حيث أن كلا منهما أداة ضرورية (استثنائية) منقوض ، ذلك أن " الكتابة " تستوى — على الأصح — مع النطق من حيث قوة الانصاح عن الإرادة ، لأمع الإشارة ، فكانت لذلك أداة أصلية ، لضرورة تقوم على الأعذار والضرورات ، لأن صلاحيتها الدلالية ذاتية ، وهذا ما نرجحه .

المالكة والحنابلة يعتقدون بالإشارة ، واعتدادهم بالنطق

والكتابة ، على أنها أداة عرفية أصلية عامة للتعبير عن

الإرادة بالنسبة للكافة ، ينعقد بها العقد ، فضلا

عن العاجز (٥) عن النطق والكتابة ، بشرط أن تكون مفهومة .

- (١) نهاية المحتاج : ج ٣ ص ٣٨٥ .
- (٢) رد المحتار : ج ٥ ص ٦٤٥ ، مجمع الأنهر : ج ٢ ص ٢٣٢ ،
الاشباه والنظائر : لابن نجيم ٣ ص ١٩٩ — ٢٠٢ ، الاشباه
والنظائر : ص ٣٣٨ للسيوطي .
- (٣) فتح القدير : ج ٢ ص ٣٥٠ ، الهدايج : ج ٥ ص ١٣٥ .
- (٤) المقصود هنا : هو الإرادة إيجابا أو قبولاً .
- (٥) أشرنا إلى أن الحنفية ، لا يعتدون بإشارة معتقل اللسان ، إذ

يذهب المالكية والحنابلة الى أن الإشارة حجة كالنطق والكتابة ، على
السواء (١) وعلى هذا ، فالإشارة ليست أداة استثنائية (ضرورية) تقوم
على العجز أو الضرورة ، بل هي أداة أصلية عرفية عامة ، للتعبير عن
الإرادة ، بالنسبة للكافة ، فضلا عن العاجز عن النطق والكتابة فيما يصدر
عنهم من التصرفات والعقود ، ما عدا عقد النكاح ، ذهبا مناهم الى أن
المناط هو الافهام "عرفا" ، أو وضوح الدلالة ، وهذا متحقق في الإشارة
بداهة ، فكانت لذلك حجة ، ينعقد العقد بها ، شأنها في ذلك شأن
النطق والكتابة على سواء ، والتمييز تحكم .

هذا ، ويوون أيضا ان الإشارة أبين دلالة من المعاطاة ، فإذا جازت
هذه أصالة ، جازت تلك من باب أولى ، هذا في اجتهاد المالكية والحنابلة
ونحن نرجح رأي الجمهور ، ان لا ضرورة تقتضي الإشارة ، حيث
تتحقق القدرة على النطق ، أو الكتابة ، ان الدلالة فيهما ما صريحة ، وفي

لا تكون مفهومة الا اذا امتدت العقلة ، على خلاف بينهم في مدى مدتها
من ستة أشهر الى سنة ، أو الى المو
غير أن الشافعية يقبلون إشارة معتقل اللسان كالأخرس ، ان كانت مفهومة
قبولا أو إيجابا ، دون اشتراط المدة ، ما دامت مفهومة فتح القدير :
ج ٢ ص ٣٤٠ ، رد المختار : ج ٥ ص ٦٤٥ ، شرح الخري ج ٣ ص ٣٦١
وج ٥ - ص ٤١١ المغني ، ج ٦ ص ٤٨٨ ، الاشباه والنظائر - للسيوطي
: ص ٣٣٨ - نهاية المحتاج : ج ٣ - ص ٣٨٥ - مواهب .
(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ج ٣ ص ٢٠٢ ، الحطاب ج ٤ ص ٢٢٩
المغني : ج ٣ ص ٥٦٢ .

الإشارة ضمنية ، والصريح أقوى وأوضح في الدلالة على المقصود — من
الضماني الذي يعثره الخفاء والابهام في كثير من الأحيان .
أما القول بأن الإشارة أقوى دلالة من المعاطاة ، فعلى التسليم
بصحته ، فنحن نجيز التعاقد بالإشارة في مواطن الضرورة أولا ، وفي
الحالات التي تقتضي طبيعتها سرعة الانجاز أيضا كما في بعض المعاملات
التجارية التي جرى العرف بالاعتداد بالإشارة المتداولة فيها ، دون
نزاع ، ولا ضرورة في اتخاذها أداة أصلية عامة بالنسبة للقادر على النطق
أو الكتابة ، للتعبير عن الإرادة في عامة الأحوال ، وفي سائر العقود —
والتصرفات ، جليلها وضميلها ، خطيرها وتافهها ، على السواء ، أذن
المعاملات ، ما تستدعي خطورة شأنه ، قوة أداة التعبير التي تناسبها
فلا يعدل عنها إلى الأضعف ، تحقيقا للمصلحة ، وضمانا للتيقن من
الرضا الكامل ، وسدا لباب النزاع في خطير الشأن من الأمور .
على أن القول بأن الإشارة أقوى دلالة من المعاطاة ، فيه نظر
بل العكس أدنى إلى الصواب ، ذلك لأن المعاطاة بما هي أخذ وعطاء
تنهض بالدلالة على تنفيذ العقد ، وإدائه التزاماته فعلا وحيانا ، وهذا
يستلزم عقلا ، وعرفا ، سبق قيام العقد ، ووجوده فكان هذا أدل من
الإشارة التي يعثر بها الابهام والاحتمال .

ج — التعاقد بالدلالة :

سبق أن بينا ، أن التعبير عن الإرادة قد يكون بالقول والكتابة —
والرسالة الشفهية والإشارة .
بقي أن نبحث وسيلة التعبير بفعل لاتدع ظروف الحال شكاً في

دلالتة على الرضا وهذا الفعل - دون أن يصحبه إيجاب وقبول - ينطوي تحت صورتان ،

أولاهما : التعاطي (المعاطاة)

الثانية : لمان الحال (دلالة الحال) .

١ - أما التعاطي : وهو المبادلة الفعلية للعرضين والدالة على الرضا ، عرفا ، دون أن تقترب بإيجاب وقبول ، فقد عبر عنها الإمام الكاساني ، بأنها أخذ وعطاء (١) ، وينشأ العقد بها إذا تعارف - الناس عليها ، عند الجمهور ، سواء أكانت في عقد بيع أم اجارة ، أم هبة أم اعادة ، أم غير ذلك ، وهو مذهب الحنفية (٢) ، ورواية عن أحمد والمالكية (٣) ، ورأى أصحاب الشافعي (٤) .

هذا ، وذهب فريق من النحاة الى أن المبادلة الفعلية ينشأ بها العقد ، في النفيس والتافه ، مادام قد جرى بها العرف ، وهذا هو مذهب الحنفية ، والمالكية ، والحنابلة ، خلافا للشافعي والشيعة ، حيث قصروها على التافه دون النفيس .
على أن متأخري الحنابلة (٥) ، والامام مالك ، قد أجازوا التعاقد

(١) البدائع : ج ٥ - ص ١٣٤ .

(٢) فتح القدير مع العناية : ج ٥ ص ٧٧ .

(٣) الفروق : ج ٢ ص ١٧٧ للقرافي .

(٤) أحكام المعاملات الشرعية ص ١٩٢ - ١٩٤ على الخفيف - المغني

(٥) ج ٣ ص ٥٦١ .
الامام ابن تيمية - القواعد النورانية النقية ص ١٠١ - ١١٥ - طبعة
اولى ١٣٢٠ ، حيث يقول : والقاعدة ان العقود تصح بكل ما دل
على مقصودها من قول أو فعل ، يدل على ذلك أصول الشريعة ان -
اكفى الشارع بالتراضي في البيع في قوله : الا أن تكون تجارة عن

بالتعاطي ، مطلقا ، سواء جرى به العرف ، أم لم يجر ، ما دام
الفعل دالا على ارادة انشاء العقد ، من الجانبين وسواء أكان في
النفس أم التافه من الاشياء .

وعلى هذا ، فكل ما يظهر ارادة المتعاقدين ، في اجتهاد
هو " — من قول أو فعل أو اشارة أو كتابة ، ينشأ العقد به ، ويعتبر
اداة طبيعية عامة للتعبير عن أساس التناقد وهو التراضي في سائر
العقود ، ما عدا عقد النكاح ، كما أسلفنا ، وقد بينا وجهة نظرنا
في الاشارة .

ويقول الامام مالك في هذا الصدد : " يقع البيع بما يعتقد الناس
بهما " (١) وهذا بعمومه يشمل اللفظ والكتابة والاشارة (٢) والفعل
وعقد البيع وغيره في هذا المعنى سواء ما عدا عقد الزواج ، فلا ينعقد
بالكتابتين حاضرين ، ولا بالاشارة ولا بالتعاطي ، أجماعا ، لخطورة
شأنه ، وعظيم أثره ولتمييزه عن المخادنه ، والمعاشرة غير المشروعة .
العقود التي يجرى فيها التعاطي :

يجرى " التعاطي " في عقود المعاوضات المالية ، كالبيع والاجارة

تراض منكم " وطيب نفس في التبرع " فان طين لكم عن شي " منه نفسا
فكلوه هنيئا مرثيا " . . . ولم يشترط لفظا يحينا يدل على التراضي ، وعلى
طيب النفس والناس تعلم التراضي وطيب النفس بطرق متعددة ، من
الاقوال والافعال " المرجع السابق .

(١) المغني : ج ٢ ص ٥٦١ — ٥٦٢ — المدخل للفقهاء الاسلامي ص ٥٤٠ —

للاستاذ سلام مذكور — طبعة ١٩٦٠ م .

(٢) ما عدا الاخرس ومعتقل اللسان

والصرف ، والاقالة ، والصلح على مال ، والقسمة ، لما تتضمن
من معنى المعاوضة ، كما يجرى في غير المعاضات كالأعارة والهبة (١)
ومن ذلك ، الاشتراك في الهاتف ، والمياه ، والكهرباء ، مما يسعى
" عقود الاذعان " (٢) لأن المؤسسات المختصة تقوم بتوصيل ذلك
الى المنازل بناء على طلب من نماذج معدة ومرسومة .
ومن ذلك أيضا شراء المجلات والصحف دون ايجاب وقبول
وقطع بطاقات الركوب في وسائل المواصلات كافة جوا وبرا وبحرا ، وما
الى ذلك مما يشكل جانبا كبيرا من حياتنا العملية الذي يقوم على
التعاقد بالتعاطي (٣) ، في ضئيل المال وكثيره (٤) .

- (١) المجلة : م ٨٠٤ و ٨٣٩ .
- (٢) المدخل الفقهي العام ج ١ ص ٣٥٣ — ٣٥٦ للاستاذ الزرقاء .
- (٣) هذا ، والاصح ، أنه لا يشترط أن يكون التناول من الجانبين ،
لينشأ العقد بالتعاطي ، فاذا جرى التناول من أحد العقدين
للمبيع أو الثمن ، تم العقد ولزم ، وذلك بأن يأخذ المشتري
المبيع برضا البائع بعد أن يتفق معه على الثمن ، دون أن ينقد
المشتري الثمن للبائع ، أو أن يدفع المشتري الثمن للبائع ، ثم
يذهب دون أن يقبض المبيع ، فالعقد يتم ويلزم في الحالين على
السواء ، ولو كان التناول من جانب واحد ، للمبيع ، أو الثمن
— البحر الرائق : ج ٥ ص ٢٥٨ — ٢٦٩ و ٢٧٠ — مجمع
الانهر مع الحاشية : ج ٢ ص ٦ خلافا لبعض الحنفية الذين —
يذهبون الى أن التناول من جانب يقصور على ما اذا كان القبض
هو البيع ، لينشأ به العقد ، لأنه الاصل ، في عقد البيع —
المدخل الفقهي : ج ١ ص ٣٥٤ للاستاذ الزرقاء .
- (٤) يعبر بالخسيس في الفقه الاسلامي عما كان ثمنه قليلا ، كالجرائد
والصحف ، وقطع الحلوى .

هذا ، وخالف في التعاقد بالتعاطي ، فيما عدا التافه من الاشياء ، الشافعي (١) والشيعة ، وحجتهم في ذلك مايلي :

١ — ان الدلالة اللغوية هي الاصل ، لقوتها ووضوحها في التعبير عن الارادة — نطقا أو كتابة — وليس كذلك الفعل ، لما يعترضه من الابهام والاحتمال ، ومن المقرر فقها ، أنه لا يترك الأصل الى البدل الا لضرورة ، والأداة اللغوية مكنته ، أما في المواطن التي تقتضي الضرورة سرعة الانجاز ، فقد أجزنا التعاطي ، في هذه الأمور دفعا للحرج ، وتحقيقا لمصالح الناس ، ولا سيما في التجارة ، والأمور المعاشية اليومية .

وأيضاً ، خرمه مال الغير ثابتة قطعاً ، فلا تحل بالاحتمال والظن بل لابد من تحقق الرضا الكامل ، وهذا لا يظهر الا بالارادة اللغوية نطقاً أو كتابة ، لقوتها في الافصاح والابانة ، دون احتمال ، تحقيقاً للرضا الكامل ولا سيما في الأمور الخطيرة ، وليس كذلك الفعل .

ونحن نرجح ما ذهب اليه الجمهور ، لما فيه من اليسر ، ولتعلق مصالح الناس به ، وأما خشية المخالف من الاحتمال والابهام ، فمدفوع ، لأن الجمهور لم يعتقدوا به باطلاق بل اشترطوا تحقق الرضا ، حتى اذا قامت القرائن على انتفائه ، بطلب حجية الفعل ، فلا ينشأ به العقد لفقدان أساسه ، وهو الرضا .

* والفواكه والخضار ، وسائر المواد الغذائية الاستهلاكية التي تجري المعاوضة فيها يومياً ، وما اليها . وأما النفيس ، فمن مثل الذهب والفضة والسيارات والعقارات من الأبنية والأراضي على أن المعيار فيها أمر نسبي .

(١) المذهب : ج ١ ص ٢٥٧ ، الوجيز : ص ١٢٣١ ، مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٥ .

شروط صحة التعاقد بالتعاطي :

يشترط لصحة التعاطي أمران :

- أولهما : أن يدل على تحقيق التراضي .
الثاني : تحقق الفعل الدال عليه ، من المبادلة أخذاً وعطاء ،
من الجانبين ، أو من جانب واحد (١) ، على
الأصح ، كما بينا (٢)

٢ - دلالة الحال :

ماسبق كان نوعاً من التعاقد بالتعاطي الدال على التراضي ،
عرفاً ، وقد اتخذ وسيلة المبادلة الفعلية للمرضين ، كما بينا .
وأما دلالة الحال ، فيتشأ بها العقد ، أيضاً ، لأنها نوع من التعاقد
عن طريق الدلالة العرضية ، ولكن وسيلتها " السكوت " وهو أمر سلبي
لا فعل ايجابي ، كالتعاطي على أن " دلالة الحال " هذه ، لا تكون

- (١) يرى بعض الفقهاء ، أن الأخذ أو العطاء ، من جانب واحد ،
لا ينعقد به العقد ، بل لابد أن تكون مبادلة فعلية ، باعتبارها
قائمة مقام الإيجاب والقبول .
ويرى فريق آخر أن العقد ينعقد إذا كان أخذ أو عطاء من جانب
واحد ، وكذلك لا يلزم خللاً أخذ ، أو إعطي ، أن ينقض العقد
(بفسخه) ويرد ما أخذ ، أو يسترد ما أعطى ، ويعقد عقداً جديداً
إن شاء على شيء جديد والأصح أنه ينعقد ويلزم ولو من جانب واحد
كما بينا .
(٢) لوجه لما ذهب إليه الإمام الشافعي رحمه الله ومن معه ، من قصر
التعاقد بالتعاطي على توافه الأشياء ، أي قليلة الثمن أو العوض
فليس ذلك شرطاً على الأصح ، لحاجة الناس إلى جريانه في عامة

الاقبولا ، ولا تصلح للإيجاب ، انه الإيجاب لا يتأتى بالسكوت
المجرد ، بل لا بد من فعل إيجابي ، بخلاف التعاطي ، فقد يكون
إيجابا وقد يكون قبولا .

مثال ذلك ، عقد الوديعة ، يتعقد بلسان الحال ، بل إن يشترك
شخص متاعه بين يدي آخر ويذهب ، وهذا الذي أودع المتاع بين يديه
ساكت لم يبد رفضا ، ولا تنصلا ، فيتعقد العقد بذلك دلالة ، ويصبح
مودعا لديه مكلفا بالحفظ ، بحيث إذا قصر أو تعدى ، كان ضامنا (١) .
حكم السكوت كوسيلة للتعبير عن الإرادة استثناء في الفقه الاسلامي :

السكوت في حد ذاته ، مجردا عن القرائن والظروف الخارجية
الغامضة ، لا يصلح دليلا على الإرادة ، ولا يعتبر في حكم التعبير
أصلا ، فلا يقوم بالتالي ، مقام إيجاب ولا قبول ، لانه عدم ، أو أمر
سلب محض ، بل السكوت هو الحال الأصلية التي يفتقي معها البيان
أو الدلالة على شيء يقينا ، وعلى هذا استقرت القاعدة في الفقه الاسلامي
* لا ينسب لساكت قول (٢) .

ولذا ، فإن اعتباره في حكم التعبير والبيان ، أمر استثنائي .

شؤونهم ومعاملاتهم ، مادام واضح الدلالة على المقصود ، وهو تحقيق
الرضا ، ولا سيما أن هذا النوع من التعاقد قد أصبح يمثل جانبا كبيرا
من حياتنا في التعامل ، كما أشرنا .
وأما اشتراط أن يتحقق المبادلة من الجانبين ، فقد بينا ما هو وجهه
الحق في نفسه .

(١) المدخل الفقهي العلم : ج ١ ص ٣٥٨ - للاستاذ الزرقا .

(٢) المادة ٦٢ من المجلعة .

طاري غير يقيني ، لأنه خلاف الأصل ، فكان على خلاف الأصل فلا بد من دليل أو قرينة تدل عليه ، أو توجيه كضرورة مقتضية (١) ، أو دفع ضرر عن الناس ، أو تجنبها لهم من الوقوع في الضرر ، أو لحال تلبس الساكت نفسه توجب اعتبار سكوته بيانا ، إلى غير ذلك من القرائن والظروف التي توجه السكوت إلى أن يكون بيانا ، وتجعله في حكم القول والتعبير ، وقد يكون العرف من تلك العناصر الموجهة ، وهي التي أشار إليها الفقه الاسلامي في استدراكه على القاعدة السابقة : " لكن السكوت في معرض الحاجة بيان " .

وهذا نظر سديد ، إذ لا يلزم الساكت بأن يبين ، قبل أو رفضا ، في كافة المواقف والأحوال ، ولا اعتبر قابلا حكما ، لما في ذلك من الزام له بلا موجب ولا مسوغ ، وإيقاع الناس في ضرر بالغ ، وشاق غير معتادة وكل من الضرر والحرج قد دفع في الدين .

هذا والعناصر الموجهة ، أو القرائن والعرف ، والأحوال الملازمة للسكوت ، هي المقصودة في الاستدراك على القاعدة ، والقاتل : " في معرض الحاجة " . ومن معرض الحاجة ، ضرورة دفع الضرر ، أو الضرر عن الناس ، أو الحال الملازمة للساكت نفسه التي تقتضي ضرورة اعتبار سكوته بيانا ، وقد يكون " العرف - كما قلنا - قرينة على اعتبار السكوت بيانا في كثير من المواطن ، والدلالة العرفية - كما نعلم - معتبرة شرعا في التعبير عن الإرادة .

(١) انظر هذا البحث مفصلا في مصادر علم الأصول ، في " بيان الضرورة " وراجع المدخل الفقهي : ج ٢ ف ٥٨١ - للاستاذ الزرقا المدخل الفقهي ص ٥٣ . للدكتور أحمد الكردي .

- ١ — ومن تطبيقات هذه القاعدة ، لو سكن شخص في دار آخر — دون عقد — وهي غير معدة للاستغلال (١) فسكت مالكها ، لا يعتبر قابلاً باجارة ولا بيع ، ولا تعد الدار بالتالي مؤجرة ولا مبيعة (٢) بخلاف ما اذا كانت " معدة للاستغلال " فذلك قرينة تجعل السكوت ذا دلالة على القبول .
- ٢ — اذا كان هناك تعامل سابق بين العقادين ، واتصل الايجاب من أحدهما بهذا التعامل ، كان سكوت الطرف الآخر قبولاً ، لا بالنظر الى السكوت في حد ذاته ، بل لقرينة التعامل السابق . فلو أن صاحب مطعم مثلاً اعتاد شراء المواد الغذائية اللازمة لمطعمه ، من تاجر معين ، وقد أرسل الى هذا التاجر يطلب كمية من هذه المواد ، فسكت التاجر ، اعتبر سكوته قبولاً ، وتم العقد بينهما ، لقرينة التعامل السابق ، وأجبر التاجر على توريد تلك المواد . قضاة ان لم يرسلها طوعاً ، تنفيذاً للزامه الناشئ عن هذا العقد دفعا للضرر عن صاحب المطعم ، ولولا هذه القرينة لبقى السكوت على حاله الاصلية ، من عدم دلالة على شيء .
- ٣ — سكوت الشفيع عن طلب حقه في الشفعة بعدما علم ببيع العقار ، يعتبر بياناً على ارادته لاسقاط حقه فيها ، ضرورة دفع التفرير عن

(١) أي للايجار . (٢) شرح المجلة : ج ١ ص ١٣١ — للاستاذ

منير القاضي — الامضاء والنظائر : ج ١ ص ١٨٤ — لابن نجيم

وللسيوطي : ص ١٥٨ — ١٥٩ — والمدخل الفقهي : ج ٢

ف ٥٨١ — للاستاذ الزرقا .

المشتري ، اذ لو لم نعتبر سكوتها بياناً في مثل هذه الحال
لطالب الشفيع بحقه ، وقد يكون المشتري قد بنى أو غرس في العقار
وهذا تغيير لا تقره الشريعة ، ولا حد لها في التعامل ، فكانت
هذه الحال الملبسة ، ضرورة اقتضت اعتبار السكوت بياناً ، دفعا للضرر
كما قلنا ، ولذا يطلق عليه الأصوليون : بيان الضرورة .

٤ — سكوت الفتاة البكر بعد استئذان وليها لها ، لتزوجها (١)
يعتبر قبولا أو اذنا لضرورة حياتها الذي يمنعها من التصريح
بالاذن عرفا ، فكانت هذه الحال ضرورة اقتضت اعتبار سكوتها
قائما مقام الاذن الصريح ، فكان سكوتها دلالة عرفية أو حالية
على الاذن ، بدليل أنها لو لم تكن رغبة لرفضت ، صراحة ،
اذ لا تستحي من الرفض عادة ، ولو لم نعتبر سكوتها بياناً
لما انعقد زواجها حتى آخر حياتها ، وفي هذا من الضرر ما فيه .
وعلى هذا ، فالسكوت دلالة عرفية في الاذن لا في الرفض .
والخلاصة ، أن السكوت حال أصلية سلبية تنتفي معها الدلالة على
شيء ، يقينا ، وان تحول السكوت الى وسيلة للتعبير عن الإرادة ، فانما
يكون بعناصر موجبة ، أو أدلة من قرينة ، أو ظرف خارجي ملابس .
أو عرف ، أو ضرورة مقتضية ، لدفع غرر أو ضرر ، لأن هذه الدلالة خلاف
الأصل (٢) .

(١) المرجع السابق . (٢) أي أن اعتبار السكوت بياناً هو خلاف
حالته الأصلية الإيجابية ، من أنه ليس بياناً لشيء ، لكونه أمراً
سلبياً تنتفي معه الدلالة على شيء ، وخلاف الأصل حالة —
استثنائية طارئة ، لا بد لها من دليل يثبتها أو ينهض بها ، وقد
بيننا تلك الأدلة التي توجب حالة الاستثناء من كونه وسيلة للتعبير
عن الإرادة .

المبحث الثاني شروط الصيغة (شروط انعقاد)

إذا كانت " الصيغة " من الإيجاب والقبول ، أو ما يقوم مقامها ،
هي الركن الوحيد للعقد ، على التحقيق ، وطا عداها ، فلوازم ،
كما بينا فان لهذه الصيغة شروطا ، لا ينعقد العقد الا بتوافرها ، لأنها
شروط انعقاد ، أو عناصر تكوين ، وتوردها فيما يلي :
اولا : توافق الإيجاب والقبول (صراحة أو ضمنا)

ثانيا : اتصال القبول بالإيجاب

ثالثا : بقا الإيجاب قائما في مجلس العقد ، حتى صدور القبول عند

الجمهور

الفصل الأول

توافق الإيجاب والقبول صراحة أو ضمنا (١)

معنى التوافق : التوافق معناه تضمن القبول كل جزئيات الإيجاب^(٢)
بحيث إذا خالفه في جزئية منها ، مخالفة حقيقية (٣) ، لا ينعقد
العقد ، بل يكون رفضا للإيجاب ، يتضمن إيجابا جديدا ، يحتاج إلى
قبول جديد من الطرف الأول ، سيأتي بيانه . ولا تشترط الموافقة
الضمنية أو الحكيمة .

- (١) فتح القدير : ج ٧٧-٧٨ ، البدائع : ج ١٣٧ ، نهاية المحتاج
ج ٨٠ . (٢) ففي عقد البيع مثلا ، لا بد من التوافق بين القبول
والإيجاب في محل العقد ، وفي مقدار ثمنه ، وفي الأجل إن وجد .
- (٣) إذا كانت المخالفة ظاهرية ، لأحقيقية ، فالعقد ينعقد ، لأنها تكون
حيثما متحضنة لمنفعة الموجب ، محققة لرضاء ، وهذه هي الموافقة
الضمنية كما في المتن .

ومن الموافقة الصريحة ، أن تقول ، بعتك هذه الأرض بمائة ألف ،
فيقول مريد الشراء ، قبلت شراءها بمائة ألف ، أو قبلت .
أما الموافقة الضمنية ، فنقولك : بعتك هذه السيارة بعشرين ألفاً
فيقول اشتريتها بخمسة وعشرين ، لأن هذا يتضمن القبول بالعشرين من
باب أولى ، وفيه منفعة خالصة للموجب ، فالمخالفة ظاهرة ، لاحتمالية
لأنها تضمنت ما طلبه الموجب ، وزيادة ، فرضا ثابت قطعاً .
وعلى هذا ينعقد العقد بالعشرين ولكن لا تجب الزيادة إلا إذا قبلها
الموجب ، حتى لا يدخل شيء في ملك أحد إلا بأذنه ، نفيًا للنسبة
عن نفسه .

وما يقال في محل (١) العقد والثن ، يقال في الاجل كذلك ، فإذا
قال البائع ، بعتك هذا المنزل بمائة ألف حالة ، فقال الآخر ، قبلت
بمائة ألف مؤجلة ، لا ينعقد العقد ، للمخالفة الصريحة في الاجل ،
لأن من يرضى بالثن حالا ، قد لا يرضى به مؤجلاً ، بخلاف العكس ،
لأنه في مصلحة الموجب ، فرضا متحقق فيه .

ومن هنا ندرك ، أن اشتراط موافقة القبول للايجاب في جميع —
ما يتضمنه الايجاب من جزئيات ، شرطاً للانعقاد أساسه ، ان (صيغة
العقد) (الايجاب والقبول) ليست مقصودة لذاتها ، وإنما باعتبارها
دليلاً أو قرينة على " التراضي " ، فما لم يحصل التطابق بين الايجاب

(١) ولو كانت الصفة متحدة ، فلا ينعقد العقد إذا كان القبول علو
بعضها لتفرق الصفة ، فلو قال البائع بعتك هذه الأرض بمائة
ألف ، فقال نصفها بخمسين ، لا ينعقد العقد ، وكذلك إذا
بدل قبلت المحل ، فلو قال زوجتك فاطمة بعشرة آلاف فقال —
تزوجت آمنه بعشرة آلاف .

والقبول في جميع الجزئيات ، لا يمكن أن تعتبر مظنة على حصول
التراضي الكامل الذي هو أساس التعاقد .
والرضا الكاويل لا يتحقق الا اذا تم التطابق بين الايجاب والقبول .

الفصل الثاني

اتصال القبول بالايجاب في مجلس العقد

تحديد معنى الاتصال بين عنصرى الصيغة في فقه المذاهب (مجلس العقد)

من المتفق عليه بين الفقهاء ، أنه لابد — لينتقد العقد — من
تحقيق الاتصال بين القبول والايجاب ، (عنصرى الصيغة) هذا من
حيث المبدأ ، وانما الخلاف في تحديد معنى الاتصال ، سواء كان
بين حاضرين ، أم بين غائبين .

فالجمهور على أن المراد بالاتصال ، اتحاد مجلس العقد ، أو الزمان
الذى يكون فيه المتعاقدان مقبلين على التعاقد ، اذ لا اتصال مع تعدد
الجلس ، بداهة ، فلا يشترط أن يصدر القبول عقبه مباشرة ، لأن
" الفورية " في صدور القبول ، ليست شرطاً لتحقيق الاتصال عندهم
دفعاً للحرج عن الناس ، وتحقيقاً لمصالحهم ، وانما يشترط قيام مجلس
العقد أو اتحاد ، ولو كان بين الايجاب والقبول فاصل زمني .

ذلك ، لأن الجمهور يرى أنه لابد من وجود فترة زمنية بعد
صدور الايجاب ، ليتسنى للطرف الآخر أن يتردد في الأمر ، ويوازن بين
ما يعطى وما يأخذ ، ولا يتصرع ، ولتخير بعد ذلك بين القبول والرفض
ضماناً لرضاء الحقيقي الكامل ، ولهذا قالوا ان المجلس جامع المتفرقات .
وعلى هذا الرصد والقبول بعد فترة زمنية من صدور الايجاب — وان طالت —

تحقق الاتصال ، مادام المجلس قائما ، أى لم يتخلل الفترة ما بين
الايجاب والقبول اعراض عن التعاقد يحول دون الاتصال بينهما ، أو
صرف أحدهما عن التعاقد شاغل آخر .

وبيان ذلك ، ان الاعراض عن التعاقد ، أو التشاغل بخيره قبيل
القبول ، ينهدم به المجلس ، فينهدم بالتالي الايجاب الذى صدر فيه
حتى اذا صدر القبول بعد ذلك ، لم يصادف ايجابا قائما ليتصل به
فلا ينعقد العقد ، لعدم تحقق الاتصال .

على أن المجلس ينهدم — فضلا عن ذلك — برجوع الموجب
عن ايجابه قبل القبول ، على ماسياتي .

ومن هنا نلاحظ ، أن الايجاب يبقى قائما حكما — في اجتهاد الجمهور
— مادام المجلس قائما ، حتى اذا انهدم المجلس حقيقة او حكما ، انهدم
الايجاب . أما انهدام المجلس حقيقة ، فمن مثل خروج أحدهما — الموجب
أو الموجه اليه الايجاب — من المجلس بعد صدور الايجاب ، وقبل القبول
أو رجوع الموجب عن ايجابه ، أو رفضه صراحة ممن وجه اليه .

وأما انقضاؤه حكما ، فمن مثل اعراض أحدهما عن التعاقد
والتشاغل بخيره كقراءة صحيفة ، أو التحدث مع الآخرين ، قبل القبول
أو بما يعتبره العرف اعراضا ينقضي به المجلس .

على أن القبول الذى يعتد به اذا صدر بعد انهدام الايجاب
يعتبر ايجابا جديدا يحتاج الى قبول جديد من الطرف الأول ، ينعقد
به عقد جديد .

اذن ، مجلس العقد — في اجتهاد الجمهور — هو المكان الذى
يجتمع فيه العاقدان — ان كانا حاضرين — وتمتد فترته الزمنية من وقت

صدور الإيجاب ، وتنتهي بانعقاد العقد ، أو بأعراض أحد هـما
عن التعاقد صراحة أو دلالة .

أو هو الحال التي يكون فيها المتعاقدان مقبلين على التعاقد ،
منصرفين إلى التكلم فيه ، وقد تطول هذه الفترة التعاقدية أو تقصر
وأيا ما كان ، فالمجلس يعتبر قائما مادام العاقدان مقبلين على التعاقد
دون أن يصرفهما عنه شاغل آخر .

وأما بالنسبة إلى الغائبين ، فهما وإن كانا مختلفين مكانا ، فسان
مجلس العقد يتحدد بالنسبة إليهما بالوقت الذي يستغرق التعاقد
أيضا ، سواء أكان بواسطة البرقية ، أو الرسالة المكتوبة ، أو الشفهية
أو الهاتف ، أو غير ذلك من الوسائل ، فإن مجلس العقد هو مجلس
وصول الرسالة ، أو تبليغها ، أو وصول البرقية ، أو وقت التسليم
الهاتفية ، وينتهي بتقبل ما تضمنه الإيجاب وانعقاد العقد ، أو بأعراض
من وجه إليه الإيجاب (القابل) صراحة أو دلالة ، أو برجوع الموجب
عن إيجابه قبل القبول .

أما الشافعية ، فيشترطون " الفورية " لتحقيق الاتصال ، بمعنى
أن العقد لا ينعقد إلا إذا صدر القبول فور الإيجاب ، وحقبة مباشرة دون
فاصل زمني ، ولو كان مجلس العقد قائما ، ولو لم ييدر من أحد العاقدين
ما يهدمه .

وأما " التروی " فأجاب الشافعية عنه ، بأنه يمكن أن يتم بعد
انعقاد العقد ، حيث يثبت لكل من العاقدين ، في عقود المعاوضات
المالية خاصة ، حق نسخ العقد ، إذا لم يره محققا لمصلحته ، مادام
المجلس قائما ، وهذا هو خيار المجلس .

اذن فترة " التروى " يقربها الفريقان ، تحقيقا للرضا الكامل
غير أن الجمهور يراها قبل انعقاد العقد ، بالنسبة لمن وجه اليه
الايجاب ، (القابل) ، أى في الفترة الواقعة بين صدور الايجابيين
القبول ، حيث يكون مخيرا بين القبول والرفض ، وهذا هو " خيار
القبول " حتى اذا صدر القبول ، وانعقد العقد ، لزم ، ولا خيرة
بعدئذ في نسخه لأى من العاقدين ، دون رضا الآخر ، الا مسن
عيب أو عدم رؤية ، وما الى ذلك .
وأما الشافعية ، فقد رأوا فترة " التروى " بعد انعقاد العقد ،
أى في " خيار المجلس " كما ذكرنا ، مادام المجلس قائما ، ان يلزم
العقد — عقد المعاوضة — في اجتهادهم الا بعد انقضاء المجلس (١) .
خيار المجلس :

هذا ، والشافعية يشتهون خيار المجلس في عقود المعاوضات
المالية خاصة ، دون سواها فلا يثبت هذا الخيار بالنسبة لعقد الزواج
مثلا ، لأن فترة " التروى " في هذا العقد متحققة في مقدماته مسن
الخطبة ، والتفاوض في المهر وما اليه ، عادة ، فلطبيعة هذا العقد ،
ولخطورته ، لم يقل الشافعية بثبوت خيار المجلس فيه .
أما الجمهور فلم يوافقوا الشافعية على ثبوت خيار المجلس لأى
من المتعاقدين أصلا في أى عقد من العقود .
وحجة الشافعية في ثبوت خيار المجلس ، قوله — صلى الله عليه وسلم
" البيعان بالخيار ، ما لم يتفرقا " .

وجه الدلالة ، ان للعاقدين ، حق خيار فسخ العقد ، أو
امضائه ، مادام في المجلس ، بصريح الحديث ، ما لم يتفرقا بأبدانهما ،
تفرقا حسيا ، ولا يتصور حق الفسخ الا في عقد منعقد .
ولا يرى الحنفية في هذا الحديث حجة لاثبات خيار المجلس ، ذلك
أن " الخيار " في الحديث محمول على خيار القبول بالنسبة لمن وجه
اليه الايجاب ، لا على خيار المجلس . أما " التفرق " فمقصود به التفرق
والتخالف في الأقوال ، لا في الأبدان ، وذلك بعدم موافقة القبول
للايجاب .

وهذا تأويل للحديث بعيد ، كما ترى .
وحجة الحنفية (١) في نفي خيار المجلس ، قوله تعالى : " يا أيها
الذين آمنوا أوفوا بالعقود " .
وجه الدلالة ، أن الآية الكريمة توجب الوفاء بالعقد اثر انعقاده
وابرامه ، وهذا يتنافى مع ثبوت الحق في نسخه وهو ما يسى بخيار المجلس
على أن الامام مالك احتج على عدم اعتبار خيار المجلس ، بعمل أهل -
المدينة .

ونحن نرجح اجتهاد الشافعية في هذا ، لصراحة الحديث ،
ولعدم تنافيه مع الآية الكريمة ، فيثبت خيار المجلس لأي من المتعاقدين
مادام المجلس قائما ، ولو بعد انعقاد العقد .
وأما حجة الشافعية في اشتراط " الفورية " لتحقيق الاتصال بين
عنصري الصيغة ، لينعقد العقد ، فمؤداها أن الايجاب عوض زائل
ينقضي اثر التكليمه ، فلا بد من صدور القبول عقبه مباشرة ليحقق

(١) فتح القدير : ج ٥ ص ٨١ وما يليها - المذهب : ج ١ ص ٢٥٧ -
٢٥٨

الاتصال ، وهذا هو القياس .

أما الجمهور فمع اعترافهم بأن طبيعة الإيجاب كذلك ، غير أنهم اعتبروه قائما حكما ، طوال مدة المجلس ، تحقيقا لمصالح الناس ، ودفعاً للحرج فكان ذلك استحسانا على خلاف القياس .

وعلى هذا ، فمادام المجلس قائما متحدا ، والعقدان مقبلين على التعاقد ، فالإيجاب قائم حكما ، واعتبارا ، كذلك ، وقالوا ، أن مجلس العقد يجمع المتفرقات ، للضرورة ، بمعنى أن الاتصال يتحقق بين القبول والإيجاب ، ولو كان بينهما فاصل زمني ، لوحدة المجلس الذي صدرا فيه ، ضرورة التيسير على الناس ، وتحقيق مصالحهم ، ودفع الحرج عنهم ، وهذا هو سند الاستحسان ، ودليله ، وهو ما نرجحه .
هذا ، ولا يتغير حكم المسألة سواء كان التعاقد بين حاضرين أم بين غائبين .

أما إذا كانا حاضرين ، فواضح لأن اتحاد المجلس انما يعني الفترة الزمنية التي يكون فيها العقدان مقبلين على التعاقد ، كما بينا .
وأما إذا كانا غائبين ، فإن التعاقد لا يتم بينهما إلا بالواسطة ، من البرقية ، أو الرسالة الكتابية ، أو الشفهية التي يحملها رسول ، أو الهاتف ومجلس العقد بالنسبة إليهما هو مجلس " العلم " بما تتضمنه البرقية أو الرسالة ، أو بما يبلغه الرسول ، أو تتضمنه المكالمة الهاتفية من إيجاب . ويبقى المجلس متدا إلى الزمن الذي يستغرقه التعاقد ، وأيما مكان ، فإذا صدر القبول في المجلس كتابة ، أو شفاها ، أو هاتفيا ، على النحو الذي بينا ، تم الاتصال بين الإيجاب والقبول ، وانعقد العقد ولو كان بينهما فاصل زمني ، فمادام المجلس .

المعقود التي لا يشترط فيها تحقق الاتصال :

قد منّا ، أن الجمهور لا يشترط صدور القبول فور الإيجاب ، ليتحقق
الاتصال ، بل اكتفوا باتحاد مجلس العقد ، فتعقد العقد ولو لم يصدر
القبول فوراً ، بأن كان بينهما فاصل زمني ، مادام المجلس لم ينفذ .
على أن شرط الاتصال بهذا المعنى عند الجمهور ، لا يشترط في عقد
الوصية ، والايضا ، والوكالة ، فيتعقد العقد فيها باتحاد المجلس
وبغيره ، بل أن بعضها لا يتعقد الا اذا صدر القبول في مجلس آخر
كالوصية . وبيان ذلك أن الوصية تصرف مضاف الى ما بعد الموت ، فلا
يكون قبول الموصى له معتبراً ، الا بعد موت الموصي .
وكذلك الايضا ، لأن الموصى اليه بالقيام برعاية شئون اولاد الموصي القصر
لا يكون وصياً الا بعد وفاته .
وأما الوكالة ، فهي من باب الاعانة ، ولذلك صح القبول فيها ، فهي
المجلس ومعه .

الفصل الثالث

بقا الإيجاب قائماً حتى صدور القبول

قد منّا ، أن اتصال القبول بالإيجاب ، كشرط للاتعقاد ، يفترض سبق
قيام الإيجاب واستمراره ، حتى يصدر القبول ، ليتصل به .
وعلى هذا ، فسقوط الإيجاب قبل القبول ، بأي سبب ، يحول دون

- (١) التعاقد بالهاتف بمثابة التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان ،
وبين غائبين من حيث المكان ، ويتم العقد بينهما اذا اتحد
المجلس زمننا بالقدر الذي تستغرقه الكلمة الهاتفية التعاقدية .

تحقق الاتصال بينهما ، فلا ينعقد العقد .

وهذا يقتضينا بحث الأسباب التي يسقط بها الإيجاب ، فنعرضها فيما يلي :

أولاً : رجوع الموجب عن إيجابه ، صراحة أو دلالة ، قبل القبول .

أما صراحة فقولته : رجعت عن إجابتي ، وأما دلالة ، فبانصرافه عن التعاقد ، إلى التماثل بما لا يتعلق بموضوع العقد ، كالأكل والنوم والتحدث بعد شيء آخر ، كما قدمنا .

وفي هذه المسألة رأيان للمقهاء :

أ - أنه يجوز للموجب أن يرجع عن إيجابه ، مادام لم يتعلق به حق لأحد ، إذا المفروض أنه قبل صدور القبول ، ويصبح بالرجوع لغواً ، فإذا صدر القبول بعد ذلك ، لم يصادف ، فلا يتحقق الارتباط ولا يتم العقد ، وهذا رأي الجمهور وبعض المالكية . وحجتهم في ذلك أن للموجب حق الملك ، وإيجابه أثبت للطرف الآخر حق التملك ، فكان للموجب أن يرفع هذا الحق الذي أولاه الطرف الآخر ، لأن حق الملك أقوى من حق التملك ، إذ الأول ثابت أصالة ، والثاني مجرد ولا يسهة ممنوحة من الموجب ، وبرضاء ، ولو الزمنا للموجب بإيجابه قبل القبول لكان حق التملك أقوى ، وهذا جائز ، لما قدمنا ، بخلاف ما إذا رجع بعد القبول ، إذ ينعقد العقد ، ولا يملك الموجب الرجوع عن إيجابه حينئذ ، لأنه تعلق به حق الغير .

تخلص من هذا أن الموجب يملك حق الرجوع قبل القبول ، لا بعده . وإن رجوعه قبل القبول يحول دون تحقق الاتصال ، فلا ينعقد العقد .
ب - لا يملك الموجب الرجوع عن إيجابه ، ولو قبل القبول ، فيكون ملزماً به ، بإتمام المجلس قائماً ، ولا اعتبار لرجوعه لو وقع ، ولو صدر

القبول انعقد العقد ، ولا يسقط الايجاب . الا باعراض الطرف الآخر ، او انتهاء المجلس بالقبول ، الا اذا قيد الموجب نفسه بمدة (١) بان حده للطرف الآخر مدة معينة يقبل فيها العقد . او يرفضه ، فيكون الموجب ملزما بما ألزم به نفسه ، طوال هذه المدة التي قيد بها نفسه ولا يبطل الايجاب بانتهاء المجلس ، بل بانتهاء المدة اذا لم يعادفه قبول ، وليس في تحديد هذه المدة منافاة لمقتضى العقد . هذا ، ويتقيد الايجاب بالعرف ، اذا جرى على تقييد الموجب بمسدة معينة (٢) .

ثانيا : موت أحد الماقدين ، او زوال أهلية بجنون ونحوه ، قبل القبول
موت الموجب ، او خروجه عن أهليته بالجنون قبل القبول ، يبطل ايجابه ، فاذا صدر القبول من الطرف الآخر بعد ذلك ، فلا ينعقد العقد اذا لم يعادف ايجابا يرتبط به .

وانما سقط الايجاب بذلك ، ولم يورث ، لاحتمال رجوع الموجب لو بقي حيا . وكذلك موت الطرف الآخر ، او خروجه عن أهليته ، قبل قبوله يبطل الايجاب ، ان لم تعد له فائدة . وهذا مبني على أن حق الايجاب أو القبول ، لا يورث ، وهو مذهب الائمة الاربعة (٣) .

(١) مواهب الجليل : ج ٤ ص ٢٤١ .

(٢) الدر المنقى : شرح المتنبي - بهامش مجمع الانهر : ج ٢ ص ٤ البحر الرائق : ج ٥ - ص ٢٦٢ وانظر احكام المعاملات الشرعية .

ص ١٢٥ للاستاذ الشيخ علي الخفيف .

(٣) الفتاوى الهندية : ج ٢ ص ٧

وخالف في هذا الاباضية ، فاجزوا للوارث ، أو الولي أو القيم حسب الأحوال ، أن يقوم مقام الموجب أو القابل الذي توفي أو زالت أهليته بناءً على أن هذا الحق يورث (١) . عندهم

ثالثاً : يبطل الإيجاب أيضاً برفض من وجه إليه الإيجاب (القابل) صراحةً أو دلالة (٢) .

رابعاً : هلاك محل العقد ، كلياً أو جزئياً ، أو تغييره ، أو التغير في حكم الهلاك الجزئي ، قبل القبول ، بأن كان عصير غنبت فخير أو صار خلا .

اذن من شروط بقاء الإيجاب ، منتجا لآثاره ، وصالحا لاتصال القبول به ، بقاء محل العقد على الحال التي كان عليها قبل التعاقد .

خامساً : انتفاء مجلس العقد ، إما بالتفرق ، أو معنى بالاعراض وذلك قبل صدور القبول ، فإذا انقضى المجلس ، سقط الإيجاب الذي صدر فيه ضرورة .

الفصل الثاني

محل العقد

اختلاف طبيعة المحل باختلاف العقود

محل العقد هو المعقود عليه الذي يظهر اثر العقد فيه (٣) .

(١) كتاب النيل : ج ٢ ص ١١ .

(٢) فتح القدير : ج ٥ ص ٧٨ ص ٨١ ، الخطاب : ج ٤ ص ٢٤٠ .

(٣) الشرح الكبير : ج ٣ ص ٥ ، مغني المحتاج : ج ٢ ص ٦ . وهذا ظاهر في تعريف الفقهاء ، للعقد ، من أنه ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع ، يظهر اثره في محله - كما قدمنا - فلا بد لكل عقد من محل يظهر حكمه أو أثره فيه ، والمقصود من المعقود آثارها .

- ولا عقد بلا محل ، وتختلف طبيعة هذا المحل باختلاف العقود .
- على هذا ، فقد يكون محل العقد من الأعيان المالية او المنافع او الاعمال . فعقد البيع (١) والرهن ، والهبة مثلاً ، محل العقد فيها تكوين ماليه .
- وعقد الاجارة والاعارة ، محلها ، المنفعة والانتفاع .
- وعقد المزارعة والمساقاة والاستصناع ، محله العمل .
- وعقد الزواج المشعة الزوجيه ، وهكذا .
- على ان طبيعة بعض العقود تقتضي وجوب محل العقد عند التعاقد ، وبعضها لا تقتضي طبيعته ذلك .
- فمن الاول ، عقد البيع ، والرهن ، ومن الثاني عقد الاجارة والاعارة والمساقاة والمزارعة . ذلك ، لان البيع محله الأعيان كما ذكرنا ، فلا بد أن يكون موجودا ليظهر أثره فيه ، بخلاف المنافع ، فانها أعراض تظهر شيئا فشيئا ، عند الاستيفاء ، لذا لا يتصور وجودها عند التعاقد وكذلك الاعمال ، توجد مستقبلا .

فتلخص ، انه لا بد لكل عقد من محل ، ليظهر أثره فيه ، والا كان العقد باطلا . وتختلف العمل باختلاف العقود ، واية مما كان من شأنه ان يكون محل العقد ، او منفعة او عملا (٢) كما امرنا .

(١) يرد البيع في أيامنا هذه ، على الحقوق المبتكرة ، كحق التأليف

ومحل العقد فيه هو الافكار ، وهي تصورات ذهنية أو أدبية ،

فكانت من قبيل المنافع . لقوله - صلى الله عليه وسلم - " أو علم ينتفع به " .

(٢) ومن الاعمال التي يجرى التعاقد عليها ، عمل الاجير المشترك

والفاسد ، والخبرة العلمية ، المهندس ، والادباء ، والمزارعين ، وغير ذلك .

المبحث الأول شروط محل العقد في الفقه الاسلامي

أولاً : أن يكون محل العقد قابلاً لحكمه شرعاً .

هذا الشرط قد انعقد عليه الاجماع ،

هذا ، ولا يكون محل العقد قابلاً لحكمه ، وبالتالي لا ينعقد العقد في الاحوال الآتية :

١ - كون محل العقد مالا متقومًا مملوكًا ، ولكن طبيعته تابعي قبول

حكم نوع معين من العقود ، لا لعدم المشروعية في أصله .

ومثال ذلك الخضروات والفواكه والثلج ، أموال متقومة لم يخرجها الشارع

من دائرة التعامل أصلاً ، بل من نوع معين منه ، كقيد الرهن ، إذ

طبيعتها لا تتفق مع حكمه من الاحتباس طوال أجل الدين ، لكونها

تدوم ، مثلاً ، قابلاً للتقسيم من العقد حكمه وأثره .

ينتمي بحرف عليها من المعهود ما يتفق وطبيعتها ، كالبيع ، والهبة ،

والصدقة ، لأنها إنما تشتري أو توهب أو يتصدق بها ، تحقيقاً لقصد

الأكل عادة ، أو التبريد المؤقت ، فلا يصح رهنها ، لالكونها غير مشروعة

في أصلها ، بل لما ذكرنا ، بدليل صحة بيعها ، هبتها .

٢ - أن يكون حكم العقد لا يتفق مع ما خصص له محله من غرض عام يتعلق

بالكافة .

وبيان ذلك أن يكون التعامل مما يشأ عنه مصالح فردية متبادلة

بين العاقدين وفي مقدمتها ، حق الملكية الفردية ، مما لا يتفق مبيع

ما خصص له الشيء من منفعة عامة مشتركة للكافة ، لالطبيعة الحل نفسه .

ومن ذلك ، الأوقاف ، والجسور ، والمعابر ، وغيرها من منشآت الدولة

والأجام والمراعي ، وينابيع المياه وآبار النفط ، وعروق المعادن في الأرض ، وما إلى ذلك مما يتنافى مع الغرض من أصل انشائه ، أو خلقه في الأرض ، اجراء الملكية الخاصة عليه بالتعامل أو التعاقد .
غير أن عدم قابلية محل العقد للمحل هنا نسبي لا مطلق ، فالوقف إذا كان لا يجوز امتلاكه بعقد البيع ، أو الهبة ، أو الارث استبعادا له عن التملك الفردي الذي يتنافى مع الغرض العام من أصل تشريعه فان اجارته جائزة ، اذ تؤكد ذلك الغرض ولا تنافيه لصرف غلته السي مستحقه ، وأيضا ، جاز بيع الوقف على سبيل الاستبدال ، اذا كان خيرا له ، لا للتملك الفردي المحض ، وذلك لموضع الضرورة .
والفرق بين هذا السبب وسابقه ، ان الاول يرجع الى طبيعة المحلل وهذا الى الغرض منه .

٣ - كون المحلل ليس مالا أصلا ، لنجاسته وضرره أو لكرامته ، فأخرجه الشارع من دائرة التعامل ، واعتبر كل عقد يرد عليه باطلا .
فمن الاول الميتة والدم ، لنجاستهما ، ولما يشتملان عليه من ضرر محقق ، وانتفاء منتفعتيهما يستلزم انتفاء ماليتهما ، اذ المالية قوامها المنفعة ، وما لا منفعة فيه ليس بمال شرعا ، ومن هنا كان تحريمهما ، فكيف اذا كان ضررا محضا ، أو خبيثا خالصا .

ومن الثاني ، الانسان الحر ، حيث لا يجوز أن يكون محلا للتعامل ، أصلا ، ولا أى عضو من أعضائه ، مسلما كان أم غير مسلم ، لآدميته التي هي منشأ كرامته ، لقوله تعالى : " ولقد كرمنا بني آدم " باطلاق .
٤ - كون محل العقد مالا ولكنه ليس بمنقوم شرعا ، فلا يكون قابلا لحكم

العقد ، فيقع باطلا .

يشترط في محل العقد أن يكون مالا متقوماً • والا وقع العقد —
باطلا (١) • فهو شرط انعقاد • والمال المتقوم هو ما توافر فيه أمران :
الأول : احرازه وحيازته فعلا •
الثاني : جواز الانتفاع به انتفاعا مطلقا في حال السعة والاختيار •
لا في حال العسر والاضطرار •
وتأسيسا على هذا • فلا يجوز التعامل • فيما لا منفعة فيه أصلا • لفقدان
العقد أو التعامل الخرض الذي من أجله شرع • وهو تبادل المنافع •
وأيا • مالا منفعة فيه • يجعل التعامل فيه عبثا • لعدم الفائدة • وكل
عقد يخلو من الفائدة باطل • لأن الميث لا يشرع • فكانت الفائدة شرط
انعقاد • وأيضا بذل المال فيما لا نفع فيه سفه • وأخذ المال من قبل
الطرف الآخر • أكل لاموال الناس بالباطل • وكلاهما محرم •
وذلك كالحشرات • والسباع التي لا ينتفع بها في الأكل • ولا في الصيد
ولا في غيرهما من وجوه النفع المعتاد •
على أن قوام مالية الشيء — كما قدمنا — المنفعة • وهي أساس
القيمة • ومالا منفعة فيه قيمة له عرفا • ومالا قيمة له عرفا • ليس مالا متقوما
شرعا •

(١) البدائع : ج ٥ ص ٢١٠ للكاساني •
جاء في المجلة تعريف المال المتقوم : " يستعمل في معنيين
الأول ما يباح الانتفاع به والثاني • بمعنى المال المحرز •
فالمسك في البحر غير متقوم • وإذا صيد صار متقوما بالاحراز
المادة ١٢٧ • وراجع تبیین الحقائق : ج ٤ ص ٤٤ •
البدائع : ج ٥ ص ١٤٠ •

ويستوى في ذلك أن يكون الشيء "نفع" ولكن الشارع منع منه "والأ" يكون له نفع أصلا " لأن المنفعة المحرمة كالمعدومة " إذ المعدوم شرعا كالمعدوم حسا " ولا يجوز التعامل في المعدوم .

ومن ذلك آلات الملاهي " والفسق " والمعاصي " وما يائسها " أو الاستئجار للفنا " والرخص " والنيابة على الموتى " لأن محل العقد غير متقوم " بمعنى أن ما فيه من نفع " هو محرم " فلا يجوز استيفاءه " إلا الانتفاع به " فصار كما لا نفع فيه أصلا " كالخمر " فيكون العقد باطلا لانتفاء ركنه " وهو المحل " أو شرط انعقاده " وهو عدم قابليته لهذا المحل لحكم العقد " كما ذكرنا (١) .

وتطبيقا لشرط التقوم في العقد " بمعناه " الأول " وهو الاحراز في المباحات يثبت الملك للمحرز " وليتمكن من التملك " لا يجوز بيع السمك في البحر " والطيور في الهواء " والحيوان في الاجام " والكلاء في الرعى " والحطب في الغابات " والمياه في الينابيع " قبل احرازها والاستيلاء عليها فعلا " لأمرين :

الاول : لأن التعامل تملك " ولا يتأتى هذا المعنى فسي الانتفاع قبل تملكه ومعلوم أن التملك بالاحراز " وقبله لا يتأتى تملك من لا يملك . ولأن العاقدين بالنسبة للمباحات وهي في الطبيعة " على السواء " من حيث وضعهما الشرعي " فلا يتصور أن يخوله التملك " وأخذ العوض " بحيث يصبح أحدهما مالكا " وفي مركز أقوى " والآخر مملوكا " فيسل الاحراز " لأن ترجيح أحدهما على الآخر " بد مرجح يسوغه تحكم غير جائز

(١) تبين الحقائق : ج ٤ ص ٤٤ ص ٤٨ " الخطاب : ج ٤ ص ٢٦٢

الثاني — لعدم القدرة على التسليم ، وهو شرط لصحة العقد ، تنفيذاً لأحكامه ، إذ هي الغرض من تشريع العقود .
فتلخص ، أن المباحات في الطبيعة ، قيد أن يحرزها ويملكها أحد ، ليست محللاً للتعامل ، إذ لا يهـ قل التملك من لا يملك ، وهذا هو التقوم بمعناه الأول عند الحنفية ، وهم الأحرار الذين لا يملكهم الملك . ويمكن أن يقال ، أن شرط " التقوم " ينطوى على شروط ثلاثة ، هي المذهب الحنفي :

أولاً : أن يكون محل العقد مالا جائز الانتفاع به شرعاً بحالة السهنة والاختيار (١) .

ثانياً : أن يكون مملوكاً (ويملك المالك بالأحرار)

ثالثاً : أن يكون مقدور التسليم .

فتلخص أن محل العقد يشترط / لصحة العقد / أن يكون مالا متقوماً

مقدور التسليم (٢) وموجوداً وقت التعاقد على ما سيأتي بيانه .

ثانياً : أن يكون المحل موجوداً وقت التعاقد :

لم تتفق اجتهادات الفقهاء على هذا الشرط ، حتى فيما تقتضي

طبيعته وجود المحل ، كالبيع والرهن ، وهو من الأعيان .

على أن الفقهاء قد اتفقت للمتهم على أن التشريع الإسلامي ، واقعي ،

وباعتباره تشريعاً قائماً أساساً على تحقيق مصالح الناس ، لـــــــ

(١) أما حالة الضرورة ، فيجوز للأطراف المحظورة أن يتعاملوا ،

ولا جائز الانتفاع به مطلقاً ، فلهذا لا يجوز بيعه ،

(٢) أما القدرة على التسليم ، فببرها يحصل للعقار شرط صحة ، وبعضهم

الآخر يهتجرها شرط لزوم .

رأوا أن هذا التشريع - بحكم واقعيته - لا يتصور أن يأتي بحكم ،
صراحة دلالة ينافي هذه الواقعية التي تقتضي امكانية التطبيق ،
وتحقيق مصالح الناس .

وعلى هذا ، اتفق الفقهاء على أنه لا يشترط وجود المحل عند التعاقد
إذا كان بطبيعته معدوما ، لا يوجد الا مستقبلا ، أو شيئا فشيئا ، حسب
الاستيفاء ، كالمنافع والأعمال ، فاشتراط وجودها جملة ، وقت التعاقد
أمر مستنع ، واقعا ، لأنها أعراض زائلة كما قدمنا .

وعلى هذا ، جاز التعاقد عليها ، على وضعها الطبيعي الذي
وجدت عليه ، أي على الرغم من انتفائها وقت إبرام العقد ، استجابة
لما تقتضيه طبائع الأشياء .

أما إذا كان المحل عينا مالية ، معينة بالذات ، ولم تكن موجودة
أصلا وقت العقد ، فوقع باطلا أجماعا ، بأن كان موجودا ، ولكنه
هلك قبل البيع ، لأن البيع معين بالذات ، وقد انتفتت إرادة المتعاقدين
على أن يرد هذا العقد على محل معين بذاته ، يجب أن يكون موجودا
وقت التعاقد ، فوقع باطلا ، لتخلف ركنه ، مما جعل العقد غير مفيد
لاستحالة تنفيذه (١) .

غير أن وجود محل العقد بوجه عام ، كشرط للانعقاد اختلف فيه الفقهاء
على آراء ثلاثة :

أ - يشترط وجود المحل فعلا ، وقت التعاقد ، إذا كان عينا ماليا ،
في كافة العقود من المعاوضات والتبرعات ، ولا يكفي احتمال وجوده مستقبلا

(١) الهدائع : ج ٥ ص ١٣٨ ، للكاساني .

لما في ذلك من الغرر المنهي عنه شرعا وصونا للعقد من الالغاء عند فواته ، كالثمرة التي لم تبرز أصلا (١) ، لاحتمال عدم ظهورها ، وكالبن في الضرع ، لاحتمال أن يكون انتفاخا ، وهذا ما يطلق عليه بيع " ماله خطر العدم " (٢) أى احتمال وجوده وعدمه ، فالعقد عليه يقع باطلا ، ولو وجد بعد إبرامه .

وحجتهم ، في هذا ، أن النبي — صلى الله عليه وسلم — قد نهى عن بيع الغرر وعن بيع المعاوضة والسئب (٣) وعن بيع الانسان مالهس عنده (٤) وعن بيع جبل الحبله (٥) . لأن بيع المحل ، اذا كان معدوما وقت التعاقد ، قد يقضي الى الغرر بالا يوجد أصلا ، وكذلك اذا كان على خطر الوجود والعدم ، لأن هذا الاحتمال يقضي الى ذلك أيضا ، فلا بد أن يكون محقق الوجود ، عند العقد ، نفيا للغرر والتنازع ، وكلاهما محرم ، والا كان العقد باطلا .

هذا هو مذهب الحنفية والشافعية (٦) في جميع العقود ، وهو

مذهب المالكية فيما عدا عقود التبرعات .

ومن تطبيقات ذلك أيضا ، بيع الثمر قبل أن يوجد ، إذ قد يمنع الله الثمرة ، وكذلك بيع ما ستلد الانعام ، أو بيع الاحمال في بطون أمهاتها

(١) الفتاوى الهندية : ج٣ ص ١٠٦ ، وقد جاء فيها " بيع الثمار قبل الظهور لا يصح اتفاقا " .

(٢) بيع ثمار البساتين والزروع لعدة أعوام مقبلة .

(٣) جاء الحديث / " لا تبع مالهس عنده " .

(٤) أى نتاج النتاج من الحيوان — بفتح الحاء والياء في كليهما .

(٥) مجمع الانهر : ج٢ ص ٥٣ ، ٥٥٨ ، البدائع : ج١ ص ١٣٩ ، نهاية المحتاج : ج٣ ص ٥٥٤ ، الأم : ج٣ ص ١٦٢ ، الفتاوى الهندية : ج١ ص ٤٦١ البسيط : ج١ ص ١٢٤

كل ذلك باطل ، لعدم وجود أصلاً ، لا إيجاب ، لا
وجود ، فكان على خطر العدم ، إذ من المعلوم أن العقد المحصل
ميتا ، فيكون في العدم ، وفي احتمال الوجود ، عرر
ونرفعوا عن هذا الأصل ، بطلان العقد إذا وقع غلط في ذائبة
المبيع ، بأن انصب الغلط على نفس المبيع ، كان يشتري شخص
هذا الخاتم من الذهب مديرا الى خاتم من نحاس ، وهو لا يعلم أنه
بنحاس ، أو أن يشتري نصا من الياقوت ، فإذا به من زجاج ، إذ المبيع
حينئذ يكون معدوما ، لأن ما أسماه ، وأشار اليه ، لم يكن هو المعقود
عليه (١) .

ب ب يشترط تحقق وجود المحل عند إبرام العقد — كالرأى الأول —
ولكن في عقود المعاوضات المالية خاصة ، دون عقود التبرعات والتوثيقات
كالوقف والهبة والرهن ، بل يكفي في هذه الأخيرة ، أن يكون المحل
ممكن الوجود في المستقبل ، وهذا هو مذهب المالكية ، إذ لا فرق فيها
ولا نزاع ، أنها تمحضت تبرعا ، ومن غيرها ، أو بغيره .

ج ج لا يشترط وجود المحل وقت التعاقد ، في كافة العقود ، وهو رأى
الامام ابن تيمية وابن القيم (٢) والامام العز بن عبد السلام ، بل يصح

على أن بعض الفقهاء المحدثين ، قد ادرج هذه المسألة في باب
نيوب الرضاء ، انظر المعاملات الشرعية المالية : ص ٩١ — ٩٢ ،
والاستاذ أحمد ابو الفتح : كتاب المعاملات في الشريعة الاسلامية
ج ٢ ص ١٨٢ — ١٨٤ ، وأخذت المجلة بهذا الرأي في البادة ٢٠٨
انظم الفقهاء : ج ٢ ص ١١٢ وما يليها — والقياس في الشرع الاسلامي
ج ٢ ص ١١٢ ، وراجع مذهب المالكية — الخرشي : ج ٢ ص ١١٢
بداية المجتهد : ج ٢ ص ١١٢ .

أن يكون محل العقد شيئاً مستقبلاً ، إذا كان محقق الوجود أو
محقق الوجود عادة .

وعلى هذا ، فإن المعدم من حيث هو معدم ، يصلح أن يكون محلاً
للتعاقد ، لأن النهي عن بيعه ، لا للوجود ولا للمعدم ، بل للفرر
حتى إذا كان محقق الوجود أو ممكن الوجود مستقبلاً ، عادة ، صح —
التعاقد عليه ، تيسيراً على الناس ، ورفعاً للحرج عنهم ، وتحقيقاً
لصالحهم ، وقد درج على ذلك عرفهم ، ونزع الناس عن أعرافهم ، اللقاء
لهم في العنت وذلك فيفسر جائز ، مادام لا يورث غرراً ولا نزاعاً مشكلاً
يحول دون تنفيذ العقد عادة .

والخلاصة أن متأخرى الحنابلة وبعض الشافعية أجازوا أن يكون محل
العقد شيئاً مستقبلاً ، مادام ممكن الوجود ، وإن الفرر هو علة النهي
لا المعدمية .

منشأ الخلاف بين ابن تيمية وابن القيم وابن عبد السلام من جهة

بين جمهور الفقهاء في اشتراط وجود المحل وقت العقد إذا كان

عينا خالية .

منشأ الخلاف في تخرج مناط النهي عن المعدم ، أهو لذات
المعدم ، وهذا ما انتهى إليه اجتهاد الجمهور ، أو للفرر ، لا للمعدم ؟
وهو مذهب ابن تيمية وابن القيم وابن عبد السلام .

وتخرج عن هذا ، أن المعدم يصح ورود العقد عليه ، ويكون صحيحاً
شريعاً ، إذا كان محتمل الوجود مستقبلاً ، وكان معلوم الوصف والقدر ،
وقد ورد التسليم ، لانتفاء " الفرر " الذي هو علة النهي ، وإذا انتفى الشر

انتهى التحريم وصح العقد •

وأما إذا تحقق الغرر ، كان العقد باطلا ، ولو كان محل العقد موجودا وقت العقد ، كبيع البعير الشارد والمال المغصوب ، والمسروق ، وما اليه ، لأنه معجوز التسليم •

ونرى أن رأى الامام ابن تيمية وابن القيم ، هو الأرجح ، لقيام التعامل على اليسر • وتحقيق المصالح ، ولأن الضرورات تقتضي العمل بهذا الرأي ، ولذا رأينا الامام مالك وبعض أئمة الحنفية يجيزون بيع المعدوم من الثمر والبقول والخضار ، تبعاً للموجود إذا كان من طبيعته هذا التلاحق في الوجود ، فاستدلوا بما ورد في عقد السلم الذي جاز بالنص والاجماع ، وفي الاستصناع ، واللاجارة ، وغيرها ، ومحلها معدوم ، لمكان الضرورة ، والشارع لا يقتضي •

على أن ما ذهب اليه جمهور الفقهاء ، من أن الأصل تحقق وجود المحل وقت التعاقد ، شرطاً لصحة العقد ، وما عدا ذلك انما جاء على سبيل الاستحسان ، كاللاجارة وما اليها منقوض — كما يقول العز بن عبد السلام — بأن الشريعة طائفة بمسائل المعاوضة على المعدوم ولا يستقيم اعتبار الأصل أصلاً ، إذا كانت الاستثنائات في جميع التصرفات أكثر مما يقتضيه ، وفي هذا المعنى يقول الامام العز بن عبد السلام ، مستنكراً رأى الجمهور بقوله : " والعجيب من يعتقد أن المعاوضة على المعدوم على خلاف الأصل ، مع أن الشريعة طائفة بها في جميع التصرفات (١) " .

(١) قواعد الأحكام : ج ٢ ص ١١١ ص ١١٣ ومن هذه الاستثنائات

الاستصناع والسلم وبيع الثمار والخضار ، والازهار ، واللاجارة •

ثالثا : أن يكون المحل مقدور التسليم وقت إبرام العقد :

هذا الشرط عام في جميع العقود (١) ، عند الشافعية والحنفية ولا يصح العقد اذا تخلف ، ولو كان المحل موجودا وملوكا للعقد كبيع سفينة غرقت في البحر ، أو بيع بضاعة مستوردة من الخارج أيام الحروب ، ولما تصل إلى يد البائع ، أو بيع الحيوان الضال ، فالعقد باطل (٢) .

و جاء في تطبيقات هذا الشرط أيضا ، ببيع اللبن في الضرع ، لانه لا يجتمع دفعة واحدة ، ولا ببيع الصوف على ظهر الغنم ، لانه ينمو ساعة فساعة فيختلط الموجود وقت العقد بالحادث بغيره على وجه لا يمكن معه التمييز بينهما فصار معجوز التسليم (٣) .
وتعليل هذا الاشتراط ، أن الغرض من العقد تنفيذ أحكامه ، ولا سيما حكم الاصل ، كانتقال الملكية في عقد البيع ، إلى المشتري ، فإذا كان المبيع معجوز التسليم ، لم يتحقق الغرض الاصل للعقد فيغدو عبثا ، عديم الفائدة .

وكذلك الحكم ، بل ومن باب اولى ، اذا كان محل العقد مستحيلا عادة او شرعا القيام به ، أو اناجازه وتسليمه ، من مثل الاتفاق مسموع

(١) - خلافا للمالكية الذين اشترطوا في عقود المعاوضات خاصة ، دون

عقود التبرعات ، كما سيأتي .

(٢) - المادة / ٢٠٩ من المجلة - تبين الحقائق - ج ٤ - ص ٤٤ ومما

يليهها - البدائع - ج ٥ - ص ٢١٠ .

(٣) - البدائع - ج ٥ - ص ٢١٠ - الهداية - ج ٣ - ص ٣٢ - ص ٣٣

وانظر المادة / ٢٠٨ و ٢٠٩ - من المجلة .

الطبيب على شفاء المريض نظير أجر معين ، باطل ، لان هذا يستحيل شرعا ان الشفاء بيد الله تعالى ، فالعقد أوجب تكليفا أو التزاما لا يسمع التعاقد أن يوجد ، أو ينفذه ، وبذلك كان غير مقدور التسليم . غير أن المالكية أجازوا تخلف شرط القدرة على التسليم وقت التعاقد ، في التبرعات فلم يشترطوا فتجاوز هبة البعير الشارد وما اليه والوصية بالمال المفصوب . فخالفوا بذلك الجمهور .

وحجتهم في ذلك ، أن الإنهي عن الفرار إنما ورد في البيع خاصة وهو عقد معاوضة مالية ، فيقتصر عليه ، ويلحق به ما كان في معناه ويستثنى من ذلك التبرعات .

هذا ، واستدلوا بالمعقول ، وهو أن محل العقد في المعاوضات اذا كان غير مقدور التسليم ، فإن بيعه يفضي الى المقامرة ، لانه يباع عادة بثمن أقل ، فاذا قدر المشتري على أخذه ، يكون قد قمر البائع ، وخدعه لانه أخذه بأقل من ثمنه ، وان عجز عن ذلك ، يكون البائع قد قمره وظبه لانه اخذ مالا دون أن يقدم عوضا كافيا وفي كلا الجالين غرر ومضارعة وهو مالا يجوز المصير اليه ، وهذا منتصف في عقود التبرع ، ان ليس المقصود فيها الربح (٢) ، بل التواد والتواصل وأسداء الخير والاحسان الى الغير .

رابعاً : أن يكون محل العقد معلوماً عند طرفيه ، وقت العقد —————
علما نافيا للجهالة الفاحشة المفضية الى النزاع غالبا ، تحقيقا للرضى الحقيقي الكامل :

(٩٢) هذا الشرط متفق عليه في عقود المعاوضات المالية بما هي قائضة

(١) - المحلى - ج ٨ رقم ١٣١ - لابن حزم الاندلسي .

(٢) - الخرشي - ج ٣ - ص ٣٧٢ - المذهب - ج ١ - ص ٢٦٣

سجع الانهر - ج ٢ - ص ٥٨ .

بأساس على تبادل العوضين فلا بد لكل من طرفي العقد ، أن يكون علبى
بينة ما يأخذ ويعطي ، ليتم رضا كلا ، والا فان الجهالة الفاحشة
لا يتحقق معها الرضا ، وهو أساس التعاقد ، وحل انتفاع كل من التعاقدين
بمال الآخر ، فضلا عن أنها تقضي الى المنازعة ، مما يحول دون تنفيذ
العقد ، واجتناء آثاره ، وما شرع التعامل في الاسلام لهذا المآل الممنوع .
ومن تطبيقات ذلك ، أن يقول بعتك شاة من هذا القطيع ، أو ثوبا
من هذا الصندوق ، لجهالة المحل على نحو يفضي الى المنازعة .
وانما نشأت الجهالة الفاحشة من التفاوت الفاحش بين أفسراد
المبيع (١) .

ثم أن هذه الجهالة مانعة من التسليم ، فلا يتحقق المقصود
من العقد (٢) .

بخلاف الجهالة اليسيرة ، فمفتقرة ، تيسيرا للتعامل .
هذا ، ومحل العقد اذا كان يتعين بالتعيين ، أصبح هو بذاته
واجب التسليم ، دون غيره ، ولو كان من جنسه وليس للعاقد الا خبر أن
يسلم شيئا آخر ، ولو من جنسه ، أو مثله ، أو في مثل قيمته ، أو اعلى
قيمة منه (٣) .

(١) - البدائع - ج ٥ - ص ١٥٦ - البحر الرائق - ج ٥ - ص ٢٦٠

الرجع السابق .

(٢) - نصت المجلة على أن " المبيع يتعين بتعيينه في العقد
مثلا لو قال بعتك هذه السلعة " وأشار الى سلعة موجودة .
في المجلس ، وقبل المشتري ، لزم على البائع تسليم تلك السلعة
بعينها ، وليس له أن يعطيه سلعة غيرها من جنسها " .

هذا ، وتكفي الإشارة في تعيين محل العقد اذا كان موجودا فسي
المجلس ، ويحصل بها علم المشتري به .

أما اذا كان المجل غائبا عن المجلس فيمكن تعيينه بالا وصفاف
التي تميزه عن غيره ، ليحصل العلم .

فاذا كان أرضا ، أو دارا ، أو سيارة ، فيجب بيان مساحتها
وحدودها ، أو بيان موقع الدار ، وعدد طبقاتها ، ومساحتها ، أو بيان
نوع السيارة ، وشكلها ، ومصدر صنعها ، وتاريخه ، وطى جدتها
واستعمالها ان لم تكن جديدة ، وهكذا من كل ما هو ضرورى لنفي الجهالة
التي تورث النزاع .

وأما ان كان محل العقد من المثليات ، فيجب - لتعيينه وحصول
العلم به ، أن يبين جنسه ، ونوعه ، وقدره ، والا بطل العقد
ذلك لان رضا الطرفين - وهو أساس التعاقد - موقوف على ذلك
اذ لو لم يكن المجل على الاضاف التي تم الاتفاق عليها ، فان كان
خيرا منه ، فات رضا البائع ، وان كان دونه ، فات رضا المشتري (١) .
وكذلك يحصل العلم بالروية ان كان في مجلس العقد ، أو كانت قبله
بوقت لا يحتمل تغيره فيه ، وسيأتي مزيد بيان في بحث وسائل تعيين
المحل ، تحصيل العلم به علما نافيا للجهالة الفاحشة ، ومحققا للرضا
الكامل .

هذا في عقود المعاوضات المالية .

(١) - شرح المجلة - ج ١ - ص ٢٠٦ - للاستاذ محمد سعيد مراد الغزى
شرح المجلة - ص ٢٢٢ - ص ٢٢٤ للاستاذ منير القاضي .

أما في عقود التبرعات ، فقد مضى الملكية على أصلهم في التيسير فيها ، فاجازوا الجهالة في محالها ولو فاحشة ، كالهبه ، والوقف ، والوصية فقالوا بصحتها معها .

غير أن الملكية لم يجيزوا الجهالة الفاحشة وفي المهر (١) ، في عقد زواج - وهو ليس عقد معاوضة مالية ، ولا عقد تبرع - بل أجازوا اليسيرة ن يتزوج ويجعل المهر أثاث بيت ، ويحكم في تعيين ذلك الى العرف

وبذلك كان العرف - عند الملكية - سبيلا الى تحقيق امكانية العلم حل العقد ، ولو كان - في حد ذاته - مجهولا وقت التعاقد .

وتعليل هذا الرأي عند الملكية ، أن عقود التبرع ، وكذا عقود الزواج ، ليس المقصود منها الربح ، أو العوض المالي ، فالتبرع لا يفسرم شيئا ، وكذا عقد الزواج ، ليس المقصود أصالة من ابراء ، المال ، ولذا كانت الجهالة فيه لا تخل بالمقصد الاصلي منه ، والعرف كاف في ازالة الجهالة التي تلبس المهر ، صفة وقدرا ، فتغتفر الجهالة فيه بقصد أكبر من الجهالة في عقود المعاوضات المالية .

أما الشافعية ، فقد اشترطوا العلم بمحل العقد أيا كان ذلك العقد ، معاوضة أو تبرعا على ما سيأتي تفصيله .

وسائل تعيين المحل التي تنتفى معها الجهالة الفاحشة :

تعيين المحل بالوصف جنسا ونوعا وقدرا ، اذا كان من المثليات ،
اجمعا :

يتعين محل العقد بالوصف جنسا ونوعا وقدرا ، اذا كان من المثليات .

وفي عقود المعاوضة المالية وهذا بالاجماع ، كالقمح ، والشعير ، والزيت والقطن ، وما الى ذلك .

فلو قال بعتك من القطن السوري ، من نوع كذا ، مقدار كذا
تعيين المحل ، وأصبح معلوما لا جهالة فيه ، فيصح العقد ويلزم .

هذا اذا كان المحل من المثليات ، وفي عقود المعاوضات المالية .
ولا يغني في تعيين " المثليات " (المقدرات) بيان الجنس دون
النوع والمقدار ، او الجنس والنوع دون المقدار .

وأما اذا كان المحل من " القيمات " فلا بد من تعيينه بالذات ،
ببيان أوصافه الجوهرية ، حسب طبيعة المحل ، فاذا باع دارا
فلا بد من ذكر موقعها ، وبيان مساحتها ، وشتملاتها ، وعدد
طبقاتها وغرف كل طابق ، ومساحة كل غرفة ، وارتفاعها . واذا كان
تحل العقد القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، فانه يجب بيان نوع
العمل ، وصفته ، ومدته ، فالتعاقد على بناء دار مثلا ، باطل
لجهالة المحل جهالة فاحشة (١) ، وكذلك الامتناع عن عمل
لا بد من بيان نوعه ، ومدته ، كالاتناع عن سكنى المنزل السنوي
اشترائه ، مدة ثلاث سنوات من تاريخ العقد ، بشرط مقترن بالعقد
لصالح البائع . وفي المنافع ، يجب تعيين العين المؤجرة ، ونوع المنفعة ، والمدة
ومقدار العرض ، تعيينا يمنع أسباب النزاع . واذا باع من الانعام
ما تتفاوت افراده في القيمة تفاوتا يعتد به عرفا ، فيجب تعيين
المبيع بالذات ، لان التفاوت الفاحش بين افراده يجعل المبيع

(١) الجهالة الفاحشة هي التي تفضى الى النزاع ، وهي ضرب من الغرر

مجهولا جهالة فاحشة مفضية الى النزاع المشكل الذي يتعذر حسمه أمام القضاء (١) ، وهذا ضرب من الغرر المنهي عنه ، فلا بد من تعيين ذاتية المحل .

هذا ، ويتخذ الوصف وسيلة لتعيين المحل اذا كان عينا غائبة عن مجلس العقد ، وهو رأى الجمهور من المالكية والحنفية والحنابلة .

أما الشافعية (٢) ، فلا يرون " الوصف " للغائب ، وسيلة كافية لتعيين المحل ، والعلم به ، ولو كان دقيقا ، فلا يصح معه العقد ، بل يرون أن " الرؤية " شرط انعقاد ، لانهم اعتبروها الوسيلة الوحيدة للتعيين ، ولذا اشترطوها دائما ، سواء أكان المحل قائما فسي المجلس ، أم غائبا عنه (٤) ، فالأعيان الغائبة لا سبيل الى العلم بها الا الرؤية .

(١) - فلا يصح بيع دابة من الدواب ، أو شاة من القطيع ، أو أن يبيعه

جميع ما في هذه الدار من الاثاث ، والدواب ، والثياب ، والحبوب .

(٢) - هذا ، وحكم العقد على مجهول - في فقه الحنفية - أنه فاسد

لا باطل ، خلافا للجمهور الذين لا يفرقون بين الفساد والبطلان

على ما سيأتي تفصيله . جاء في المجلة " بيع المجهول فاسد "

مادة / ٢١٣ .

(٣) - وهذا مذهب الشافعي في الجديد ، وفي رواية عن الحنابلة

- بداية المجتهد - ج ٢ - ص ١٦٩ - مغني المحتاج - ج ٣ -

ص ٥٢٠ وما يليها .

(٤) - نهاية المحتاج - ج ٣ - ص ٣٤ .

وعلى هذا ، لا خيار رؤية في فقههم ، لان هذا يستلزم سبق انعقاد العقد غير لازم ، اذا لم تتم رؤية محله عند انشاءه ، وهم لا يقولون بانعقاده اصلا في هذه الحال ، فيقع باطلا ، ولا خيار في العقد الباطل لانعدام اصلا وآثارا ولانه لا يقبل الاجازة ، وحجتهم في هذا ، قوله - صلى الله عليه وسلم - : (لا يحل سلف بيع ، ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ، ولا بيع ما ليس عندك) .

ووجه الاستدلال ، أن قوله - صلى الله عليه وسلم - " ولا بيع ما ليس عندك " ، محمول على الغائب الذي لم تتم رؤيته ، هذا فضلا عن من احتجاجهم بالنهي عن الغرر ، وبذلك منع الشافعية العقد على الاعيان الغائبة ، لعدم تحقق شرط الرؤية ، وهو رواية عن الحنابلة .

ولم يوافق الجمهور (١) على هذا التفسير ، بل حملوه على بيع الانسان ما لا يملك ، بخلاف الغائب ، فلا نهى عن بيعه اذا كان مملوكا ، ويستتم العلم به عن طريق الوصف اذا لم تكن رؤيته ، وشاهدته ، لعذر الغيبة وهي شرط في جميع العقود ، سواء اكانت من المعاملات المالية أم التبرعات ولا خراع في أن " الرؤية " من أبلغ طرق العلم بمحل العقد اذا كان من الاعيان ، عقارا كان أم منقولا . هذا ، ويتوقف شرط الرؤية على كسبون محل العقد عينا مشخصة .

(١) - راجع في مذهب الجمهور - فتح القدير - ج ٥ - ص ٩٠ .

كشف القناع - ج ٢ - ص ٦٧ - نهاية المحتاج - ج ٣ - ص ٢٧ .

وما يليها .

وراجع مصادر الحق - ج ٢ ص ٦٣ وما يليها -

المبسوط - ج ١٣ - ص ٦٩ وما يليها .

غير أن المالكية يوجبون الروئية إذا كان المحل حاضرا في المجلس حتى إذا تمت ، كان العقد لازما .

أما إذا كان غائبا ، فالوصف الدقيق الذي تنتفي معه الجهالة يقوم مقامها ، ويقع العقد لازما إذا كان الوصف مطابقا ، والا فللمشتري خيار الوصف عند المالكية والحنابلة في رواية ، بخلاف الحنفية حيث يثبت خيار الروئية مطلقا ، فالعقد لا يكون لازما عندهم إلا بالروئية ، ولو كانت أوصافه مطابقة لما تم التعاقد عليه .

واستدلوا بقوله - صلى الله عليه وسلم - " من اشترى ما لم يسمه فله الخيار إذا رآه " باطلاق وبحديث ليس الخبر كالمعاينة " .
- هذا ، ولا يراد بالروئية الابصار ، بل هي أعم ، إذ تعتبر في كل شيء بحسبه ، فان كان من المشروبات ، أو الطغومات ، فان رويته تعتبر بشممه وذوقه ، بخلاف السيارة ، والدار ، والارض ، والحيوان وما الى ذلك .

ولا يشترط أن يرى محل العقد كليا ، بل تكفي روية جزء منسه إذا كانت اجزائه لا تتفاوت تفاوتاً يعتد به عرفا ، إذ العلم بالجزء ، يستلزم العلم بالكل .

- هذا ، والارجح ما ذهب اليه الجمهور ، تيسيرا للتعامل ، ولا انتفاء الغرر . وفي الجملة ، فان الفقه الاسلامي يتشدد في شرط معلومية المحل تحقيقا للرضا الكامل (١) .

(١) - مغني المحتاج - ج ٣ - ص ٣٤ - بداية المجتهد - ج ٢ - ص ١٥٥ -
منتهى الارادات - ج ١ - ص ٣٤٢ - فتح القدير - ج ٥ ص ٨٥ وما يليها - مجمع الانهر - ج ٢ - ص ٥٨ - المذهب - ج ١ - ص ٢٦٣

احكام المعاملات الشرعية - ص ٤٠٠ وما يليها
للاستاذ علي الخفيف .

(٩٩) ح - العلم بالاشارة :

هذا ، ويتم العلم بمحل العقد ، أو تعيينه بالاشارة اليه
أو الى مكانه الخاص به ، اذا كان المحل موجودا في مجلس العقد
ولا تلزم الرؤية عند فريق من الفقهاء منهم الحنفية ، في هذه الحال
كأن يقول البائع بعتك هذه السيارة ، مشيراً اليها ، أو يقول بعتك ما فسي
هذا الصندوق ، أو ما في هذه الغرفة ، أو الكيس ، ويشير اليه ، شريطة
أن يكون ما في كل منها معروفا لدى المشتري قبل العقد على
الاصح .

ونذهب بعض الفقهاء الى عدم اشتراط معرفة المشتري المسبقة
والاصح الاول (١) ، ان لا تنتفي الجهالة الفاحشة مع عدم العلم المسبق
بما في المكان الخاص بالمحل ، وبشرط الا يكون قد مضى على علم المشتري
مدة يتغير المحل خلالها عادة (٢) .

(١) - منير القاضي - ح ١ - ص - شرح المجلة

الاقناع - ح ٢ - ص ٦٥ .

(٢) - والفقه الاسلامي يهـل في هذا قاعدة عامة مؤداها أن

" الوصف في الحاضر لغو ، وفي الغائب معتبر " .

(٣) - لا يتسع المقام للتفصيل باكثر من ذلك ، لمحدودية صفحات

المقرر حسب النظم المرعية .

الفصل الثالث

الارادة المنفردة

كمصدر للالتزام في الفقه الاسلامي

يعتبر هذا المصدر فرعاً من مبدأ سلطان الارادة في الفقه الاسلامي غير أنها مقيدة بالمصلحة العامة ، وبعدم المساس بحق الغير ، أو الحاق الضرر به دون وجه حق ، وبالشروط التي اشترطها الفقهاء في العقد بالمعنى الخاص في الجملة .

هذا والارادة المنفردة (١) ، او التصرف الانفرادي (٢)

اصطلاح غير معروف في الفقه الاسلامي ، بل في الفقه الوضعي ، وإن كان مدلوله مستقراً في فقهاءنا ، منذ نشوئه ، ومجاله أوسع ، ويطلق عليه العقد بالمعنى العام ، أو الايجاب الذي يتم بصدوره من الموجب وحسده على وجه مشروع ، دون توقف على قبول طرف آخر ، ويترك اثره في محله .

(١) - لم يعرف الفقه الاسلامي هذا الاسم تعبيراً عن الايجاب الذي يتم .

لصدوره عن الموجب على وجه مشروع ، ليترك اثره في محله ، دون توقفه على قبول طرف آخر ، وإن كان " مدلوله " قد وجد في هذا الفقه ، واتخذ مجالاً واسعاً ، ولم يكن وجوده ثمرة لتطور هذا الفقه ، وإنما استقر فيه منذ نشوئه ، كمصدر للالتزام ، ويطلق عليه العقد بالمعنى العام .

(٢) - هذا ويطلق بعض الفقهاء اسم التصرف الانفرادي ، غير اننا نسمي

أن هذا المعنى أعم من مفهوم الارادة المنفردة كمصدر للالتزام

تعريف الارادة المنفردة كمصدر للالتزام :

يمكن تعريفه : بأنه : ايجاب يتم على وجه مشروع يترك أثره في محله والمكلف في الشرع ، يصبح ملتزما بما يلزم به نفسه ، وبارادته الحسنة تجاه الله تعالى ، أو الكافة ، أو جهة عامه ، أو شخص معين ، أو غير معين .

مجال الارادة المنفردة :

لا ينحصر مجالها في الالتزامات المالية ، بل يتعداها إلى غيرها من الالتزامات غير المالية .

أما في الالتزامات المالية ، فمن مثل الكفالة ، والابراء من الدين والجمالة ، والنذر ، وفي اجازة عقود المعاوضات المالية الموقوفة . وأما غير المالية ، فمن مثل الاسقاطات ، كالطلاق المجرد ، واسقاط حقوق الشفعة .

وعلى الجملة ، فإن الارادة المنفردة ، إما أن تنشئ التزاما معيناً كالوصية والوقف والكفالة (٢) ، أو تجيز تصرفاً ، كالعقد الموقوف ، أو تسقط

(١) - الإيجاب هو القول الصادر أولاً ، والمتضمن الزاماً ذاتياً للموجب نفسه ، ولكنه غير متوقف على قبول طرف آخر ، فخرج العقد بالمعنى الخاص .

- وعلى وجه مشروع ، باستكمال شروط العقد الصحيح ، صيغة ، ومجلاً وأهلية .

(٢) - الكفالة تتم وتلزم بمجرد الصيغة ، بقولك كفلت لك دينك ، قبيل فلان ، وإن لم يصدر من الدائن قبول عقب الإيجاب ، عند الملكية والحنابلة وأصح القولين عند الشافعية ، وهو مذهب الزيدية ورأى أبي يوسف - خلافاً لأبي حنيفة ومحمد - التصرف الانفرادي ص ٥٢ - الشيخ علي الخفيف .

حقا كالشرط ، والطلاق المجرد (١) ، كل ذلك يتم ويلزم
بمجرد الإيجاب وحده .
على أن الإرادة المنفردة من شروطها لا تحل حراما ، أو تحرم
حلالا ، فإذا قال شخص حرمت على نفسي هذا الطعام ، لم يلزمه تحريم
أو قال أوجبت على نفسي لبس الحرير ، لم يلزمه حل ولا التزام .

فالإرادة المنفردة - في الفقه الإسلامي - تنتج آثارا شرعية معينة .
هذا ، والإرادة المنفردة تصلح سببا للالتزام البات في بعض الأحوال
المعينة ، عند الجمهور ، وقد نصت عليها الشريعة ، كالوقف ، والوصية
والنذر ، والأبراء ، والكفالة ، والجمالة ، وهي مصدر للالتزام بالدين
في هذه الأحوال .

وقد تكون مصدرا للالتزام بغير الدين ، في أحوال معينة أيضا
من مثل الطلاق المجرد ، واسقاط حق الشفعة ، كما ذكرنا -
ونذهب المالكية إلى أنها مصدر عام للالتزام بالدين ، لقوله
تعالى : " يا أيها الذين آمنوا ، أوفوا بالعقود " وغير ذلك من النصوص
التي توجب الالتزام على الإنسان بما يصدر عنه من عهد ،

أما في غير الالتزام بالدين ، فلا تصلح مصدرا عاما ، بل تكون
مصدرا للالتزام فيما نص عليه الشارع (٢) .

أركان الالتزام الانفرادي :

هذا الالتزام يتم من جانب واحد هو الملتزم ، ولا يتوقف على قبول
من الطرف الآخر ، فأركانه ثلاثة :

(١) - (٢) - الطلاق المجرد هو ما لم يكن على مال (٣) بعد وفاة الموصي

الايجاب (١) - الملزم - المحل .

شروطه :

يشترط في الملزم ، أن يكون عاقلا بالغاً مختاراً ، غير محجور عليه ، لسفه ، أو دين ، ان كان الالتزام محله المال ، أو اسقاط مال ، لانه ضرب من التبرع ، فلا بد ان يكون الملزم من أهله .

ومن ابرز تطبيقاته الجمالة .

الجماله :

هي التزام يوجبه شخص على نفسه ، بإرادته المنفردة ، بمال معين معلوم لمن يقوم له بعمل معلوم .

فالجعل اذن ، التزام بمال معين نظير عمل معين ، كأن تقول : من رد علي سيارتي المسروقة ، أو من حفلي بئرا في أرضي فاستنبت منها الماء ، أو من يدل على مجرم ، فله كذا ، مما يتعلق بالمصالح العامة والخاصة .

هذا ، وقد يكون الايجاب موجها الى شخص معين أو غير معين (٢) أي الى الكافة .

ويلاحظ أن العمل الذي هو محل الالتزام في الجماله ، قد تلبسه جهالة غير يسيرة ، اذ لا يعرف مدى الجهد المبذول في سبيل تنفيذه

(١) - الايجاب هو الصيغة - الملزم هو الموجب - والمحل هو الملزم به .

(٢) - المرجع السابق .

الملتزم به ، فهو غير محدد المدة ، وقد لا يكون محدد المكان أيضا
كما في رد الحصان الشارد ، أو المتاع الضائع ، غير أن نشوء هذا الالتزام
لا يتوقف على قبول الطرف الآخر ، إذ قد يكون غير معين .
حكم الجعالة :

الجعالة مشروعة في الفقه الاسلامي ، ودليل ذلك ، قوله تعالى :
" ولمن جاء به حمل بعير ، وأنا به زعيم " وهذه هي الجعالة
وإرادها في القرآن الكريم دون نقصانها ، أو نكير عليها ، يدل على
مشروعيتها .

شروط الجعالة :

- ١ - أن يكون العمل الملتزم به معينا ، على الرغم من ملازمة الجعالة غير
اليسيرة ، وهذا يستلزم ألا يحدد الزمن لاتمام تنفيذ (١) الملتزم
به ، والمعمول به ، والمعمول عليه هو حصول الجاعل على المنفعة .
- ٢ - أن يحدد الجعل أو العوض تحديدا يفيد العلم به .

٣ - ألا يعطى الملتزم العوض فور التعاقد .

٤ - ألا يكون واجبا على الملتزم ذلك العمل ، فلو كان المتاع المطلوب رده

- (١) - يرى المالكية أنه لا يجوز تقدير زمن معين ، إذ قد يستغرق العمل
الملتزم به زمنا أطول ، فيضيع على الملتزم ما قدم من جهد ، قبيل
الفراغ من العمل ، إلا أن يكون قد اشترط عليه أن يترك العمل مسكنا
متى شاء ، فإنه يجوز ضرب الأجل فيه ، لخفة الضرر .

، الخرشبي - ج ٤ - ص ٥٩ - ٦٦ .

بجعل ، موجودا عنده ، أو كان يعلم مكانه ، وجب عليه رده ، ولا يثبت له حق في الجعل .

على أن الفقهاء اختلفوا في بعض التصرفات ، هل تتم بارادة منفردة أو هي عقد لا بد فيها .

من الطرف الآخر ، من مثل الكفالة ، والابراء من الدين .

فأما الكفالة ، فيرى المالكية وأبو يوسف أنها التزام من جانب واحد

فكانت من قبيل الالتزام بالارادة المنفردة ، خلافا للشافعية

وبعض الحنفية حيث يرونها " عقدا " يتوقف انعقاده على قبول

الطرف الآخر .

وأما الابراء من الدين ، فالحنفية يرون أنه التزام انفرادي

يتم بالايجاب وحده ، خلافا للمالكية الذين يرونه " عقدا " لا بد فيه

من قبول المدين ، اذ الابراء فيه معنى التملك ، وليس لاحد ولاية عينية

غيره في أن يملك شيئا دون رضاه ، دفعا للمنة .

المبحث الأول

تولي الشخص الواحد طرفي العقد

العقد ايجاب وقبول ، فلا بد لانعقاده من تعدد التعاقد ، لانه ينشئ حقوقا والتزامات متقابلة ، أو متباينة ، فلا يتصور أن يكون العاقد واحدا .

فعقد البيع مثلا ، ينشئ حقا للمشتري في تسلم المبيع ، والتزاما على البائع ، بتسليمه ، ولا يتصور أن يكون العاقد الواحد مسلما ومتسلما أو دائنا وملتما في آن واحد ، للتناقض ، وايضا ، الحنفية يرون أن آثار العقد في المعاملات المالية خاصة ، تنصرف الى " العاقد " لا الى الاصيل فلو كان العاقد وكيلا عن الجانبين ، مثلا ، إنصرفت آثار العقد اليه هو لا الى طرفي العقد الاصيلين ، فيقع التناقض على النحو الذي قدمنا ، بينما يرى فريق من الفقهاء ، أن آثاره ترجع الى الاصيل ، ولهذا هو منشأ الخلاف كما سنرى ، والشافعي كذلك ، لم يجز أن يتولى شخص واحد طرفي العقد ، الا اذا كان وليا شرعيا في عقد الزواج ، وتولى عقد زواج حفيديه للضرورة ، ان لا يتأتى منهما التوكيل ، خلافا لرفس الذي لم يجز ذلك باطلاق ، وحجته في ذلك قوله - صلى الله عليه وسلم - : " كل نكاح لا يخضره اربعة ، فهو سفاح : خاطب وولي وشاهد اعدل " . وعلى هذا فالشافعية ، وزفر ، لا يجيزون تولي الواحد طرفي العقد ، الا اذا كان جدا وليا عن حفيديه في عقد الزواج ، كما قدمنا ، فيجوز الشافعية للضرورة ، وهذا هو البرأى الاول .

ونذهب الحنابلة والمالكية الى جواز أن يتولى الواحد طرفي العقد في كافة العقود - المالكية منها وغير المالية - اذا كان ذا صفة شرعية

من ولاية أو وكالة . محجتهم في ذلك ، أن العبارة ما دامت صادرة عن شخص ذي صفتين شرعيتين ، فإنها بمنزلة عبارتين من طرفي العقد كأن يكون وكيلًا عنهما ، أو أصيلاً عن نفسه ، ووكيلاً أو ولياً عن غيره .

وأيضاً ، آثار العقد تتعلق بالأصيل لا بالوكيل ، العاقد ، فينتفي التناقض ، إذ ترجع آثاره إلى طرفيه الأصيلين .

- وعلى هذا ، فإن كان العاقد أصيلاً من طرف ، ووكيلاً أو ولياً عن غيره من طرف آخر ، كانت عبارته قائمة مقام الإيجاب ، باعتباره أصيلاً ومقام القبول ، باعتباره وكيلًا أو ولياً ، وهذا لا تناقض فيه .

واحتمالات تولي الواحد طرفي العقد تنحصر فيما يلي :

١ - أن يكون أصيلاً من جانب ، وولياً من جانب آخر ، كأن يبيع الأب مال ابنه من نفسه .

٢ - أن يكون ولياً من جانب ، ووكيلاً من جانب آخر ، كأن يوكله شخص أن يزوجه من ابنته الصغيرة .

٣ - أن يكون وكيلًا من الجانبين ، كأن يوكله في أن يزوجه ، وتوكله امرأة أيضاً أن يزوجه .

٤ - أن يكون أصيلاً يعقد لنفسه ، ووكيلاً عن الطرف الآخر ، كما إذا وكلته امرأة أن يزوجه من نفسه .

٥ - أن يكون ولياً من الجانبين ، بأن يكون جداً ولياً شرعياً على حفيده من أولاده ، فيزوج ابن ابنه ، من ابنة ابنه الآخر (يزوجه ابنة عم) .

فالصفة الشرعية التي يصح بها تولي الواحد طرفي العقد ، إما أن تكون ولاية ، أو وكالة ، فضلاً عن الأصالة ، وهذا هو الرأي الثاني . ومن هنا لا تتضح " الفضالة " أساساً لصحة تولي الشخص الواحد

طرفي العقد ، فلا ينعقد سواء أكانت الفضالة من جانب ، أو من جانبين لا انتفاء الصفة الشرعية ، وكذا عند أبي حنيفة ومحمد ، وينعقد موقوفا عند أبي يوسف - أما جمهور الحنفية ، فيما عدا زفر فذهبوا الى عدم صحة تولي الواحد طرفي العقد ، بصيغة واحدة ، في عقود المعاوضات المالية خاصة ، بناء على أصل عندهم ، مقتضاه أن آثار العقد - حقوقه والتزاماته - ترجع الى العاقد ، لا الى الاصيل ، فيقع التناقض ، بخلاف عقد السـزواج فيصح ، لأن آثاره ترجع الى الاصيل في كل طرف ، واليكمل محرو سفير ومعبر عن ارادة الاصيل ، خلافا لزفر ، للحديث الذي

روينا ، وهذا هو الرأي الثالث .

هذا ، واستثنى الحنفية ما تقضي الضرورة حوازه ، استحسانا ، ومن ذلك ، بيع الاب أو الوصي ، أو الولد ، مال المبي الذي في يده من نفسه ، أو شراء منه ، وبيع الاب مال أحد ولديه الحرة ، للاحصر للضرورة ، ان لا تتأتى منهما الوكالة ، والا ضاعت مصالحهما ، والاب موفور الشفقة بالنسبة لولده ، فتنتفى مظنة الاضرار بهما ، كما اجسازوا للقاضي أن يبيع مال قاصر لقاصر آخر ، لا ولي لهما ، أو أن يبيع مال وقف لوقف آخر ، اذا لم يكن لهما متول عليهما ، لأن للقاضي الولاية العامة .

- أما عقد الزواج ، معد أحاد ، فلهذا في بيعه ما يشبه .

طرفي العقد ، بناء على ما ، من أن آثاره ترجع الى طرفي الاصيل .
وان العاقد مجرد سفير ومعبر عن ارادة الاصيل .

والراجع هو هذا الرأي الأخير (١) .

(١) - حكم الشروط المقترنة بالعقد قد فصلت احكامها في الفقه

المقارن ، لذا نقاديا للتكرار العمل والمفسل ، لم نورد

في هذا المقام .

المبحث الثاني

الارادة الظاهرة والارادة الباطنة

قد منا ، أن أساس التعاقد هو الارادة ، أو الرضا ، لكننا
أمر نفسي ، فاقم مقام أمور محسوسة مدركة ظاهرة منضبطة هي مظنة
وجوده ، كالقول ، والكتابة والاشارة والمبادلة الفعلية كما قد منا وهي
ما نطلق عليه الصيغة فكان ثمة ارادتان - كما يقال - ارادة باطنية
واخرى ظاهرة .

فالارادة الباطنة (١) هي قصد العقد ، والرغبة في انشاءه ، مع
الرضا بما يترتب عليه من آثار .

أما الظاهرة ، فهي الايجاب والقبول ، أو ما يقوم مقامهما ، مما
يدل على الباطنة ، فكانت الظاهرة قرينة نشوء العقد على وجود الباطنة ، وهي
سبب نشوء العقد ، لكنها تقبل اثبات العكس اذا قام دليل قاطع أو قوى
يثبت أنها لم تعد مظنة أو دليلا على وجود الباطنة .

ويترتب على هذا أن الاصل ، أن الارادة الظاهرة تدل على وجود
الباطنة ، وأنهما متفقتان ، ومتطابقتان ، فينعقد العقد بالظاهرة
ما لم يدل دليل على خلاف ذلك على ما سيأتي تفصيله ، فلا بد من قيام
الارادتين ، وتطابقهما ، لينشأ العقد .

وتأسيسا على هذا لا ينعقد العقد بالارادة الباطنة (النية)
وحدها ، ولا ينشأ بها التزام ، ما لم تخرج هذه الارادة من حيز
الخفاء الى حيز الظهور ، فمن نوى البيع مثلا ، لا ينعقد بيعه
بمجرد النية ، ومن نوى الطلاق دون أن يظهر هذه النية لا يقسم
(١) - الفقهاء يعبرون عن الارادة الباطنة بالقصد أو النية ، وعن
الظاهرة بالصيغة المنشئة .

طلاقه .

وأيا ، لا عبارة بالظاهرة وحدها ، اذا قام الدليل على انتفاء الباطنة قطعاً ، بأن صدرت الصيغة أو الارادة الظاهرة من مجنون أو صبي غير مميز ، أو من مكره أو نائم ، أو سكران ، عند بعض الفقهاء ، ان لا يترتب عليها أثر ، لان الارادة الباطنة ، أساسها التمييز ، وهو منتف فسي هذه الحالات ، فانتفت بذلك الباطنة التي هي الاصل في انشاء العقد ولم تعد الظاهرة وحدها تصلح تعبيراً عن شيء ، فكانت لغوا ، والدليل على انتفاء الباطنة ، هو الجنون أو السكر أو النوم وعدم التمييز .

أما اذا لم تتفقا أولم تتطابقا ففي هذه الحال تفصيل نوره فيما يلي :

عدم تطابق الإرادتين :

ينجم عدم التطابق عن اسباب منها أن يكون التلفظ بالعبارة بقصد الهزل ، أو التعليم والحفظ ، أو التمثيل ، والحكاية ، أو تحت ضغط الاكراه ، عن بعض الفقهاء .

وقد اختلف الفقهاء في حالات اختلاف الإرادتين من حيث تقديم احدى الإرادتين على الاخرى ، فمن الظاهرة ، قال بانعقاد وترتب آثاره ومن رجح الباطنة أبطله ، وليس ثمة من قاعدة عامة التزمها الفقهاء في هذا الترجيح ، بل يختلف في كل حالة على حدة .

الحالة الاولى :

أن تصدر العبارة من يقصد النطق بها ، ويدرك معناها ويستعملها فيه ، ولكنه لا يقصد انشاء العقد ، ولا ترتب آثاره عليه ، بل يريد

غرض آخر هو التعليم ، أو الحكاية أو الحفظ أو التمثيل ، فهذه تعتبر لغوا ، لا أثر لها ، إذ القرينة دلت على انتفاء الإرادة الباطنة لإنشاء العقد .

الحالة الثانية :

أن يقصد العبارة التي ينطق بها ، وهو مدرك لمعناها ، ولكنسه لا يرغب في إنشاء العقد ، وترتب آثاره ، وإنما يريد غرضاً آخر ، هــو الهزل واللعب ، أو التظاهر بأنه يريد إنشاء العقد ، كالمكره دفعتاً للضرر والأذى عن نفسه .

١ - تصرفات الهازل :

هذا وقد اتفق جمهور الفقهاء في حالة الهزل ، على صحة التصرف في الأمور التي يستوى فيها الجد والهزل ، لدليل من الشارع ، وذلك كالبزواج ، والطلاق ، والرجعة ، لقوله - صلى الله عليه وسلم - : " ثلاث جد هن جد ، وهزلهن جد ، الزواج والطلاق ، والرجعة . " وأيضاً هذه التصرفات يتعلق بها حق الله ، وهذا ليمن موضعاً للهزل ، فيؤخذ بما نطق ، وتلزم آثاره ، لقوله تعالى :

" ولا تتخذوا آيات الله هزواً " ولا تسمع دعواه بأنه كان هازلاً .

أما في غير ذلك من التصرفات ، فقد اختلف فيها الفقهاء على قولين :

أولهما : الأخذ بالظاهرة ، والحكم بصحة التصرف وترتب آثاره عليه إلا إذا تضمنت الصيغة نفسها ما ينقض دلالتها على الباطنة وهذا اتجاه موضوعي - كما ترى - يقصر النظر على العبارة نفسها لأنها هي المعلوم عليها في نشوء التصرف دون اعتداء بالإرادة الخفية ، أو استقصائها والتحري عنها ، ولا عبرة بالأدعاء بالهزل

لما في ذلك من فتح لباب يفضي الى عدم استقرار التعامل بين الناس
وهدم الثقة فيما بينهم .

ونذهب جمهور الفقهاء الى أن تصرفات الهازل لغو ، اذا دلت
القرائن على انتفاء الرضا الذي هو أساس التعاقد ، باستثناء الزواج
والطلاق والرجعة ، لتعلق حق الله تعالى بها ، كما ذكرنا ، ولا يقاس
عليها غيرها ، فلا بد من تحقق الرضا (١) .

والراجع ما ذهب اليه الجمهور .

هذا ، والشارع يشير الى هذا ، لان مساواته بين الجد والهزل في
الامور الثلاثة المذكورة ، دليل على أن الاصل هو التفرقة بين
صدور العبارة جدا ، وبين صدورها هزلا ، أو عبثا ، فالأولى تنشىء
العقد ، لتوفر الرضا ، دون الثانية ، والا ما كان للتسوية بين الجسد
والهزل في التصرفات الثلاثة المستثناة أى وجه معقول هذا ، والاعتداد
بعبارة الهازل وتصحيح تصرفاته يؤدى الى أكل اموال الناس بالباطل
ان لا تقوم على أساس التراضي ، وهذا محرم بالنص فما يؤدى اليه باطل .
٢ - تصرفات المكروه :

أما الاكراه على عقد بغير حق ، فيبطله عند الجمهور مطلقا ، لان الاكراه

(١) - البحر الرائق - ج ٥ - ص ٢٦٠ - ص ٢٦١

ونذهب بعض الحنفية الى أن عقد الهازل فاسد لا باطل ، لان
اختياره قائم ، بقصده الى التلفظ بالصيغة ، ولكن تخلف الرضا
وهو شرط صحة ، فكان فاسدا - مجمع الانهر - ج ٢ - ص ٦٥ .

يعدم الاختيار والرضا في اجتهادهم ، فالارادة الظاهرة نفسها ، أو الصيغة معدومة مع الاكراه شرعا ، وان وجدت حسا ، وكيف ينشأ عقد بغير سبب قائم حقيقي ظاهر معتبر ؟؟؟ خلافا للهازل ، ان تلفظه بعبارة العقد يحض اختياره ، وهذا هو رأى الشافعية والمالكية والحنابلة .

وحجتهم في ذلك قوله - صلى الله عليه وسلم : " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان ، وما استكرهوا عليه " والرفع مقصود به رفع الحكم فالمكره لا يؤخذ بما صدر منه من قول ، ولا يترتب عليه حكم ، في هذه الحال ، لصريح النص ، وأيضا ، لا رضا مع الاكراه ، والرضا أساس الانعقاد وانما نطق المكره بالصيغة ، دفعا للضرر والاذى ، لا رضا بالعقد وأثاره فافتقد التصرف بذلك أساس انعقاده . وذهب الحنفية ، الى أن عبارة المكره صحيحة ، ينعقد بها العقد ، ولكنه فاسد عند بعضهم ، موقوف على زوال الاكراه عند الآخر ، واستثنوا من ذلك العقود الخمسة ، فانها تقع صحيحة ، لا فاسدة ولا موقوفة ، لانها وقعت صحيحة مع الهزل ، فكذلك مع الاكراه قياسا ، اد الشارع استثنائها ، كما علمت .

وحجتهم في ذلك ، أن الاكراه لا يعدم الاختيار ، وانما يعدم الرضا والاختيار كاف في الانعقاد ، والرضا شرط صحة ، وتخلفه يوجب الفساد البطلان ، فيجب التفرقة اذن في الحكم على التصرفات بين الاختيار والرضا المكره مختار للصيغة ، دفعا للاذى ، واختيارا لاهون الشرين ، ولكن منه غير راض بأى من الشرين ، ولا يثار الصيغة .

وبالاختيار ينعقد العقد ، ولكنه فاسد لتخلف شرط الصحة وهو

الرضا (١) ،

(١) - أما زفر ، فيرى أن الرضا شرط نفاذ ، لا شرط صحة ، فينعقد العقد عنده صحيحا موقوفا .

أما الجمهور فلا يفرقون بين الاختيار والرضا ، فهما مترادفان فانتفاء أى منهما يستلزم انتفاء الآخر ، وفي سالتنا انتفى الرضا فاستلزم انتفاء الاختيار ، فيقع العقد باطلا .

ومذهب الجمهور هو الراجح ، ان لا رضا مع الاكراه ، فلا يقع معه طلاق ، ولا ينعقد معه عقد زواج ، ولا طلاق ، ولا يقاس الاكراه على الهزل ، لتباين حقيقة كل منهما .

منشأ الخلاف :

يرجع الخلاف الى أن الإرادة الباطنة ، هل تتحقق بالاختيار والرضا أو تتحقق بالاختيار دون الرضا ، ويكون الرضا شرط صحة لا أساس انعقاد : فالجمهور يرى ، أن الاختيار والرضا مترادفان ، ان حقيقتهما واحدة ، فكانا متلازمين .

هذا ، ويعرفون الاختيار بأنه القصد الى التلفظ بالعبرة المنشئة للعقد التي تفصح عن الرغبة في آثاره ، وهذا هو الرضا بعينه بخلاف الحنفية الذين يرون أن الاختيار والرضا ، حقيقتان متباينتان ولا تلازم بينهما ، فقد يوجد أحدهما دون الآخر ، ويترتب عليه أثره .

فالاختيار هو القصد الى النطق بالعبرة . أو الصيغة المشتملة للعقد ، سواء أصحب ذلك رغبة في تحقيق آثاره أم لا ، أما الرضا ، فهو الرغبة في تحقيق الآثار ، والالتزام بها . وفرق بين القصد الى الصيغة ، والتلفظ بها ، وبين الرغبة في آثارها .

وتأسيسا على هذا ، فالمكره متاثر للصيغة ، غير راض بالاشترار فينعقد العقد فاسدا عند الحنفية ، لتخلف الرضا ، وهو شرط صحة

ويقع باطلا عند الجمهور ، لان تخلف الرضا يستلزم تخلف الاختيار
اذ هما حقيقة واحدة ، كما قد منا .

الحالة الثالثة :

عبارة السكران :

السكران فاقد الوعي ، زائل العقل اiban سكره ، من خمر أو غسيرة
يتناوله باختياره مع العلم بحرته .
فاختلف الفقهاء في حكم عبارته .

فالجمهور على انه مؤاخذ بعبارته ، عقوبة له ، اذ لا ينبغي أن يكون
السكر سببا في اعفائه من التزاماته ، ولان المحرم لا يكون طريقا الى النعمة
وذهب الحنابلة الى أن عبارة السكران لا يعتد بها ، ولا ترتب
التزاما ، لفقدانه الوعي والتمييز ، فزوال عقله الحق بالمجننون
ففقده الارادة ، وأشبه المكره من هذه الناحية ، اذ كلاهما مسلوب
الارادة ، وان كان السكران يزيد على المكره ، بانه مسلوب العقل
أيضا .

وبعض الفقهاء يفرق بين السكر بخلاف أو بمحرم ، فيؤاخذ به فسي
الاول دون الثاني .

ونحن نرى ، أن عبارة السكران لاغية ، لا يترتب عليها أثر
لانه مسلوب العقل والارادة ، وهما أساس التكليف ، وصحة التصرف .
وأما عقوبته على جريمته ، فقد تقررت بالحد ، ولا يزداد على ذلك
الا بنص .

(١٢٤) الحالة الرابعة :

ان تصدر العبارة عن المخطئ والناسي ، فالجمهور على أن لا اعتداد بها ، ولا يترتب عليها أثر .
على أن المخطئ والناسي قد نطقا بالعبارة دون قصد لهـما فلا ارادة ولا رضا ، كما ترى .
وحجتهم في ذلك أيضا ، قوله تعالى : " وليس عليكم جناح فيما اخطأتم ، ولكن ما تعمدت قلوبكم " وقوله صلى الله عليه وسلم :
" رفع عن امتي الخطأ والنسيان ، وما استكروها عليه " فان قام الدليل على الخطأ والنسيان ، كانت العبارة لغوا ، ولا يترتب عليها التزامات لا قضاء ولا ديانة ، بخلاف ما اذا لم يثبتا ، فان كان صادقا في دعواه كان غير ملزم ديانة ، وتبقى مؤاخذته أمام القضاء .
خلافا للحنفية ، حيث قالوا بصحة عبارة المخطئ والناسي ، عملا بمبدأ استقرار التعامل ، وسدا لذريعة ادعاء الخطأ والنسيان (١) ، ورأى الجمهور أرجح ، لانتفاء القصد والرضا بداهة .

وأما استقرار التعامل ، فتحقق ، لئلا لا نحكم بالغاء عبارة المخطئ (١٢٥) والناسي ، بمجرد الادعاء ، بل بعد اقامة الادلة على ثبوت ذلك .
الحالة الخامسة :

ان يقصد العاقد بالعبارة انشاء العقد ، ويرثب آثاره ،

(١) - رد المختار - ج ٢ - ص ٢٣٦ - مجمع الانهر - ج ١ - ص ٣٨٤

الاشياء والنظائر - ص ٢٤ - ابن نجيم - شرح الخرخشي وحاشيته

ج ٣ - ص ١٧٣ .

ولكنه - مع ذلك - يقصد الى اتخاذ هذا التصرف المشروع في ظاهره
ذريعة الى تحقيق غرض آخر ، يناقض قصد الشارع من أصل تشريع
باحلال محرم ، أو هدم واجب ، أو الاعانة على تحقيق غرض غير مشروع
وهو ضرب من التعاون على الاثم والعدوان ، وهذا ما تناولناه تفصيلا في
نظرية الباعث .

الفصل الرابع

آثار العقود

آثار العقد نوعية ، بمعنى أنها تختلف باختلاف طبيعة كل عقد . فإذا كان عقد البيع ينتج آثارا معينة خاصة به قد شرع من أجلها ، كانتقال ملكية المبيع الى المشتري ، و ملكية الثمن الى البائع ، وثبوت حقه فـلـي المطالبة به اذا كان حالا ، والتزام البائع بتسليم العين المباعة ، وما الى ذلك ، فان عقد الرهن يوجب آثارا مختلفة بالنظر لطبيعة هذا العقد الاستثنائي ، فيثبت للمرتهن استحقاق قبض المرهون ، وحق احتياضه لاستيفاء دينه من ماله ، وعند انتهاء الاجل ، وعدم وفاء المدين (١٢٦) وكذلك عقد الاجارة ، آثاره ، انتقال ملك المنفعة الى المستأجر بعوض ، واستحقاقه لقبض العين المؤجرة ، ليتمكن من استيفاء منفعتها والتزامه بدفع الاجرة .

هذا وقد يكون أثر العقد التزاما بالقيام بعمل ، كالاجير أو الوكيل مما يوجب على رب العمل أو الموكل التزاما بدفع الاجر .

وعقد الزواج يوجب من الآثار حل المتعة الزوجية ، والتزام الزوج بالمهر والنفقة والسكن والعلاج الطبي ، والتزام الزوجة برعاية حق الزوج ، وطاعته ورعاية أولادها منه ، والقيام بشؤون الاسرة .

(١٢٧) وهكذا ترى ، أن آثار العقود متنوعة ، تبعا لتنوع طبيعة كل عقد ، والغرض الاقتصادي أو الاجتماعي الذي شرع من أجله .

على أن هذه العقود أسباب جعلية ، بمعنى أن الشارع هو السند جعلهما أسبابا ليرتب آثارها عليهما ، فالشارع هو الذي منحها قوة انتزاع

آثارها بعد اتخاذ العاقدين السبب ، وهو إبرام التصرف أو العقد على الوجه المشروع .

فآثار العقد من ترتيب الشارع ، لا من عمل المتعاقدين وإرادتهم ، وهذا يقتضينا تقسيم العقود ، لتبين آثار كل قسم منها .

المبحث الأول

تقسيم العقد من حيث ترتب آثاره عليه وعده ، السلي

صحيح وغير صحيح

يقصد بالعقد في هذا المقام ، معناه العام الشامل للعقد الثنائي الطرف ، كالأجرة ، والعقد بإرادة منفردة ، كالوقف ، والجمالة والوصية . هذا ، ولا خلاف بين الفقهاء في تحديد مفهوم العقد الصحيح (١) فهو ما كان مشروعا باصله ووصفه ، كما يقول الحنفية .

ومعنى أصله ، ركنه ، وشرائط ركنه أو انعقاده ، وأما وصفه ، فهم شروط ضحته .

٢٨ (٥) ومقومات أصل العقد هي الصيغة ، وما يقوم مقامها ، وشروط هذه الصيغة ، كما علمت - من التطابق ، ووحدة مجلس العقد وبقاء الإيجاب قائما حتى يتصل به القبول ، فهذه شروط انعقاده أو تكوينه .

وأيضا ، العاقدان ، إذا كان العقد ثنائي الطرف ، أو العاقد إذا كان تصرفا انفراديا ، إذ لا يتصور قيام عقد دون عاقد ، وكذلك شروط

(١) - البدائع - ج ٥ - ص ٣٠٥ - الأشباه والنظائر - ص ٨٠ - ابن نجيم .

العاقد ، من التمييز ، وهذه هي الاهلية ، وان يكون ذيا ولاية على ابرام العقد ، أصالة أو نيابة ، وهذه من شروط الانعقاد أيضا عند الجمهور . وكذلك محل العقد ، ان لا عقد بلا محل يترك فيه اثره ، وشروط المحل ، من أن يكون محقق الوجود ، عند الجمهور ، وأن يكون مالا مقبوسا مملوكا ، معلوما ، مقدور التسليم ، كل ذلك عند ابرام العقد .

وأصل العقد هذا ، ومقوماته ، ركننا وشروط انعقاد ، اذا اختلف واحد منها وقع باطلا بالاتفاق ، لا يترتب عليه أثر من آثار العقد الصحيح ويعتبر معدوما شرعا ، وان وجد صورة ، لان الخلل في ماهية العقد حتى اذا توافر أصله ، فقد وجدت حقيقته وماهيته عند جمهور الفقهاء .

وأما وصف العقد ، فهي الامور العارضة الخارجة عن ماهيته وأصله كشروط صحته ، وخلوه من الربا ، والغرر ، وغيرهما ما نهى الشارع عنه كاقترانه بشرط فاسد .

فالشهود مثلا من شروط صحة عقد النكاح ، وجهالة الثمن في البيع أو جهالة الاجل ، وصفان عارضان نهى الشارع عنهما .

فالوصف أمر عارض خارج عن الماهية .

وعلى هذا ، فالعقد الصحيح : هو ما توافرت فيه مقوماته السبتي تتحقق بها ماهيته وأصله ، وتوافرت أوصافه كذلك ، وهذا بالاجماع (٢) .

(١) - قد علمت أن الصيغة هي ركن العقد عند الحنفية .

(٢) - البدائع - ح ٥ - ص ٣٣٥ - فتح القدير - ح ٥ - ص ١٨٧

الشرح الكبير - ح ٣ - ص ٧٠ - رد المحتار .

وإذا نشأ العقد صحيحاً مستكملاً أركانه وشرائط صحته ، أنتج كافسة آثاره التي رتبها الشارع عليه ، فور انعقاده ، فالصفة هي استتباع الغاية والاثـر .

أما العقد غير الصحيح : فقد وقع الاختلاف في تحديد مفهومه .

فبينما يرى الجمهور ، أنه العقد الذي تطرق اليه خلل في أصله أو وصفه ، نرى الحنفية يفرقون بين ما إذا كان الخلل في الأصل أو الوصف فإن كان الخلل في الأصل ، فهذا هو الباطل ، وإن كان في الوصف فهو الفاسد .

وعلى هذا ، فالقسمة عند الجمهور ثنائية ، فالعقد إما صحيح أو غير صحيح ، ولا واسطة ، أو إن شئت قلت : صحيح أو باطل ، ويطلقون على الباطل ، الفاسد ، إذ لا فرق بينهما عندهم .

وأما الحنفية ، فيرون أن غير الصحيح قسمان : فاسد وباطل .
فالفاسد عندهم هو ما اختلف وصفه لا أصله ، فكان مشروعاً في أصله دون وصفه .

وذلك كالبيع المشتتل على الربا ، أو الغرر ، أو العقرن بشرط فاسد .
وأما الباطل ، فهو ما اختلف أصله ، من ركنه أو شروط انعقاده ، وعلى هذا فالقسمة عند الحنفية ثلاثية : صحيح ، وفاسد ، وباطل .

والخلاصة أن الصحيح ، ما كان مشروعاً أصلاً ووصفاً ، وهذا لا جامع - والباطل ، ما اختلف أصلاً ووصفاً بالاجماع ، والفاسد ، ما اختلف وصفاً لا أصلاً ، عند الحنفية ، وهو باطل عند الجمهور ، لما علمت أنهم لا يفرقون بين موقع الخلل ، فسواء أكان في الأصل أم في الوصف ، فالعقد باطل .
وعلى هذا تحرر محل النزاع بين الجمهور والحنفية في العقد الفاسد

فبينما يراه الحنفية قسما متميزا بين الصحيح والباطل ، يراه الجمهور داخلا
فى مفهوم الباطل ، فالباطل والفاسد عندهم مترادفان .

هذا اذا كان الخلل فى وصف ملازم كالربا والخرر .

أما اذا كان الوصف مصاحيا للعقد ، أو مجاورا ، بحيث يمكن
الانفكاك عنه ، كالبيع وقت النداء ، فان ظرف الزمان هذا هو موقع النهي ،
حتى لا يحول البيع فى هذا الوقت دون السعى الى صلاة الجمعة
وهو وصف مجاوز ، إذ من الممكن أن يتم العقد قبل وقت النداء ، أو بعد
الصلاة ، فان النهي عن هذا الوصف هنا يفيد الكراهة لا الفساد ولا
البطلان عند الجمهور ، بما فيه الحنفية ، والعقد صحيح ، ولم يخالف
فى ذلك الا الامام احمد فى روايه ، والامام مالك فى رأى عنده ، والظاهرية
، حيث قالوا - بفساده - أو بطلانه .

وأما من حيث الآثار بالنسبة لما يسميه الحنفية بالعقد الفاسد
فالجمهور على أنه لا أثر له ، لانه هو والباطل ، بيان ، وهو معدوم
شرعا ، أى غير منعقد اصلا .

وأما الحنفية ، فيذهبون الى أن العقد الفاسد ، منعقد ، لقيام
أصله ، لكنه لا أثر له قبل تنفيذه ، بتقايض العوضين ، فاشبه الباطل من
حيث الاثر فى هذه الحال .

وأما بعد تنفيذه ، فيورث قوة فى انتاج بعض آثار العقد الصحيح
للضرورة .

والعقد الفاسد على كل حال ، قبل التنفيذ وبعبء ، يستحق الفسخ
حقا للمشرع ، ورفعاً للمعصية ، الا اذا تعلق به حق الغير ، كما يأتى
بيانه .

منها الخلاف بين الحنفية والجمهور :

ان منشأ الخلاف بين الحنفية وبين الجمهور ، هو أثر النهي ففى التصرفات الشرعية ، فيما عدا العبادات (١) .

فالجمهور على أن أثر النهي ، سواء أكان لخلل فى الأصل أو الوصف هو البطلان ، لان التصرف وحدة كاملة ، لا تتجزأ ، فإذا كان الخلل فى الأصل فواضح ، وكذلك اذا كان فى الوصف ، لان فساد الوصف يتسرب الى الأصل فيبطل التصرف جملة كما قلنا ، من أن التصرف المشروع ، وحدة كاملة ، أصلا ووصفا ، فالتلازم قائم بينهما ، وايضا ، انعقد الاجماع على هذا ، بدليل احتجاج الصحابة والسلف ، بالنهي الوارد فى النصوص على البطلان ، ولم يفرقوا فى ذلك بين ما اذا انصب النهي على الأصل أو الوصف ، فالخلل الذى استوجب النهي والحرمة ، سواء أكان فى الأصل أو الوصف ، يوجب البطلان ، للتلازم .

هذا ويحتج الجمهور أيضا بأن الحرمة لا تجتمع مع المشروعية فى التصرف الواحد ، للتنافى ، فلا يقال ان الفاسد مشروع فى أصله ، وغير مشروع فى وصفه ، لان فى هذا اجتماع المتنافيين .
وحجة الحنفية ، أن التصرف المشروع اذا سلم أصله ، فان فساد الوصف العارض لا يقوى على ابطاله ، فلا يقوى فساد الوصف على مشروعية

(١) - لان العبادات يستوى فاسدها وباطلها اجماعا ، لانها شرعت قربة الى الله تعالى ، ولا يتقرب اليه تعالى بالمنهى عنه ، لانه معصية ، سواء أكان موقع النهي ، الأصل أو الوصف ، بخلاف المعاملات .

الاصل ، لقوة هذا الاخير ، وصحة الاصل تستلزم المشروعية ، بمعنى ترتب الاثر .

وعلى هذا فلا يقال ان المشروعية لا تجامع الحرمة ، للتناقض ، لان هذا يتجه علينا أن لو قصدنا بالمشروعية " الحل " ولكننا نقصد بالمشروعية " ترتب الاثر " الذى يستوجبه قيام الاصل ، وهذا الاثر حكم دينى وهو بترتيب الشارع نفسه ، لقيام أصله سالما عن المفسدة ، ونحن مع ذلك نراعي موقع الحرمة فى الوصف ، فنقول ان التصرف الفاسد ، لا يجوز الانتفاع بأثر من آثاره بالنسبة لعاقده ، ولهذا قلنا أنه - على الرغم من انعقاده وترتب بعض آثار العقد الصحيح عليه - يستوجب الفسخ حقا للشرع ، لمكان الحرمة والمعصية فيه ، رفعا لها .

وعلى هذا ، فقد راعينا قيام الاصل سالما ، وهذا يستوجب أصل المشروعية ، بفعل الشارع ، ولكنها مشروعية ناقصة لفساد الوصف فتترتب عليه بعض آثار العقد الصحيح ، لنقصان المشروعية ، وراعينا أيضا مكان الحرمة فى الوصف ، لخلل فيه استوجب النهى ، فقلنا انه يستوجب الفسخ حقا للشرع على كلا طرفيه ، بل وعلى القاضى اذا علم به ، وعدم حل انتفاع عاقديه بما ترتب عليه من أثر ، بل يجب التخلص منه ، بفسخه أو بتصرف المشتري تصرفا مشروعا الى الغير حسن النية ، لان انتقال الملك الى الغير بسبب جديد ، يظهر محل التصرف الاول من شوائب الفساد .

حكم العقد الباطل :

العقد الباطل معدوم شرعا ، والمعدوم لا يترتب عليه أثر من آثار العقد الصحيح ، وإن كان موجودا صورة .

على أن العقد الباطل معصية ، والمعصية لا تكون سببا في النعمة
لان نعم الله تعالى - وهي آثار العقد الصحيح ، لا تنال بالمعذور .

هذا ، وكل تصرف ينبنى على العقد الباطل ، يكون باطلا
سواء أكان سبب البطلان راجعا الى الصيغة أم العاقدين ، أم
المحل .

فلباع المشتري المبيع بيعا باطلا ، من آخر ، وهم باطلا ، لان
المشتري الاول لا يملك المبيع بالعقد الباطل ، ولمالك المبيع أن يتبعه
في أي يد وقع .

هذا ، والعقد الباطل ، لا تلحق الاجازة ، لان الباطل معدوم
بحكم الشارع ، والاجازة تصرف ارادى لا يملك أن يوجد ما أعد به الشرع .

والبطلان مطلق ، لا يقتصر على عاقيه ، بل لكل ذي مصلحة
أن يتمسك بهذا البطلان ، جلبا للمنفعة أو دفعا للضرر ، ولورثة
البائع التمسك بالبطلان ، لان لهم مصلحة في ابقاء المبيع باطلا في التركة .

الضمان كآثر للعقد الباطل :

قلنا أن العقد الباطل معدوم لا يترتب عليه أثر من آثار العقد
الصحيح .

غير أن بعض الحنفية رأوا أن العقد الباطل - كواقعة مادية -
ينقل الضمان من البائع الى المشتري بعد القبض ، لان يده يمسك
بضمان ، فاذا هلك المبيع باطلا في يد المشتري كان عليه مثله
أو قيمته ، لان المشتري قد قبض المبيع باطلا لمصلحة نفسه ، فلا يكون
ادنى حالا من القبض على سوم الشراء (١) .

ونذهب آخرون من احنفية ، الى أنه لا ينتقل الضمان ، لأن يده أمانة
فلا يضمن الا بالتعدي (١) ، لانه قبضه باذن مالك ، وقد بطل العقد
فكان كالأمانة .

والمالكية يرون أنه ينقل الضمان ، ولكنه لا ينقل الملك ، الا بالفحوات
بمعنى ان البيع باطلا اذا فات عند المشتري ، بأن هلك ، فانه يملكه فسي
حال الفوات هذه ، دون غيرها .

وهو ملك ضروري قدر اقتضاء أو افتراضا لتعذر إعادة الحال التي
ما كانت عليه ، ولتصحيح تضمين المشتري بالمثل أو القيمة ، حتى
لا يجتمع البدلان في يد البائع لو ابقى البيع على ملكه .

حكم العقد الفاسد (آثاره) :

لا بد من التمييز بين حالتين :

أ - حكم العقد الفاسد قبل القبض .

ب - حكمه بعد القبض .

أما حكم العقد الفاسد قبل القبض ، فهو حكم العقد الباطل ، من
انه لا يترتب عليه أى أثر من آثار العقد الصحيح ، لضعف تأثيره
وانذا كان الفارق المميز بينهما ، أن الأول منعقد ، لقيام أصله
والثاني معدوم ، فيجب فسخ الاول ، اعداما له ، ورفعاً للمعصية
اثراً للنهي الذى استوجبه سبب الفساد فيه ، من غرر ، أو جهالة
أورها ، أو تخلف شرط الصحة ، أو اقتران شرط فاسد به .

هذا وجوب الفسخ ثابت ، حقاً لله تعالى ، لا يجوز النزول عنه
ان لا يجوز التهاون فى امره ، فهو اذن ليس حقاً شخصياً تعود المصلحة
فيه الى صاحبه ، حتى يتصرف فيه وفق رغبته ، فى ضوء صالحه الخاص
بل وجوب الفسخ حق عام ، فكان نظاماً شرعياً عاماً ثابتاً ، يتعلق به
العدل والمصلحة العامة ، فى التعامل .

وكذا لا تلحقه الاجازة ، كالباطل ، لكونهما منهيأ عنهما ، ولان ارادة
المشرع تتجه الى اعداءه ، رفعاً للمعصية ، بدليل التنهي ، والاجازة تصرف
ارادى من العاقد ، يتجه الى ايجاده ، أو اقراره ، فتضاداً ، ومضادة
الشارع باطله ، فما يؤدى اليها وهو الاجازة باطل لا محالة .

هذا ، ولا يتوقف فسخ أحد العاقلين للعقد الفاسد على رضا الآخر
ولا على حكم القاضي ، بل يستقل كل منهما بفسخه دون رضا الآخر ،
وكذلك على القاضي فسخه اذا علم به ، لكونه حقاً عاماً (١) .

(١٣٨) ينقلب العقد الفاسد صحيحاً بزوال سبب الفساد العارض ، ما عدا
عقد الزواج .

تمكن سبب الفساد فى العقد الفاسد - كما بينا - فهو وصفه ، لا فى

أصله ، ولذا كان منعقدا قائما ، لقيام أصله ، سالما عن المفسدة ، حتى اذا زال سبب الفساد المتعلق بوصفه ، وهو أمر خارج عن ماهية العقد وسلم عن المفسدة ، صبح العقد ، أصلا ووصفا ، فانتج كافة الآثار التي ينتجها العقد الصحيح منذ انشائه .

وليس كذلك العقد الباطل ، لان الخلل في أصله ، لا في وصفه العارض ، فلم ينعقد أصلا حتى يمكن تصحيحه .

مثال ذلك ، أن يكون سبب الفساد شرط الربا ، أو جهالة الاجل أو الضرر الزائد بسبب التسليم ، وكل ذلك منهي عنه شرعا ، فكان معصية فاذا اسقط شرط الربا من له المصلحة فيه ، أو حدد الاجل في مجلس العقد أو بعده ، أو تحمل الضرر من كان النهي عنه من أجل صالحه ، صبح العقد ولزم ، وترتب عليه كافة آثار العقد الصحيح منذ انشائه ، لا من وقت تصحيحه ، توفيقا بين مصلحة المتعاقدين ، وبين ما يقتضيه الشرع ، ما أمكن ، وهو خير من الاهداء والابطال لان قيام سبب الفساد في الوصف العارض ، كان هو المانع من اقتضاء العقد حكمه ، أو من ترتب آثاره عليه ، فانما زال المانع عاد المنوع ، أو وجد المقتضي وانتفى المانع ، ما عدا عقد الزوج فوجب فسخه ، للمعنى التعبدى فيه ، ولا ينقلب صحيحا .

(١) - الضرر بسبب التسليم ، هو الذى ينجم عن مثل بيع جسر في سقف أو ذراع من قطعة قماش ، ففي تسليم الاول ، ضرر غير مألوف ينجم عن هدم السقف كله أو بعضه ، والشرع ينهى عن مثل هذا الضرر حماية للعاقدة ، واما الثانى ، فكذلك اذا كان في تسليم ضرر بقطعة القماش كلها بحيث تغدو لا تصلح لشيء .

حكم العقد الفاسد بعد القبض :

قلنا ان العقد الفاسد يستحق الفسخ بحكم الشرع ، قبل القبض والتنفيذ ، غير أنه اذا نفذ وتم فيه تقابض العوضين ، بأن سلم البائع المبيع للمشتري ، أو اخذه المشتري في مجلس العقد وسلم الثمن للبائع ، برضاهما ، دون اكراه ، أو غضب من احدهما للبذل الذي يملكه الاخر ، فإن الملك ينتقل الى المشتري لانه تم باذن البائع وتسلط منه ، ولان العقد الفاسد بالتنفيذ والتقابض يقوى تأثيره ، لضعف احتمال المنازعة أو الفسخ بين طرفيه لان التقابض قد تم برضاهما ، كما قد منا .

غير أن المعنى في احكام الشرع في هذا النوع من الملك ، يبرر أنه ملك ضرورى مفترض افتراضا ، بمعنى أنه قد اقتضته الضرورة ، فلم يكن له حكم الملك الكامل الناشئ عن العقد الصحيح أصالة ، بدليل أنه يجوز للمشتري أن يتصرف في المبيع بيعا فاسدا ، الى الغير ، تصرفا ناقلا للملك ، تخلصا من ملكية هذا المبيع ، لان السبب الجديد يطهر التصرف السابق مما عراه من أسباب الفساد ، كما ذكرنا ، فكان هذا الملك ثابتا افتراضا واقتضاء ضرورة ، تصحيح تصرف المشتري اذا لا يمكن تصحيح تصرف المشتري من بيع أو هبة الا اذا كان مالكا ، اذ يسع احدا أن يملك غيره شيئا مالم يكن هو مالكا له أولا . لذا أثبت الشارع للمشتري هذا الملك افتراضا

ضرورة تصحيح تصرفه الناقل للملك ، وما ثبت على سبيل الضرورة والاقتضاء والافتراض ، لا يكون كالثابت على سبيل الاصل والقياس . يرشدك الى هذا ، أن المشتري لا يجوز له الانتفاع بالمبيع فاسدا ، لان هذا الملك الناشئ عن العقد الفاسد المنهى

عنه ، ملك خبيث محرم ، يجب التخلص منه ، اما يفسخ العقد ، واعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد ، واما بالتصرف في المبيع نفسه تصرفا ناقلا للملك الى الغير ، تطهير له .

والشارع اذ حرم على المشتري الانتفاع بما يملك عن هذا الطريق المحرم ، يأى وجه من وجوه الانتفاع ، لم يكن مالكا حقيقة ، بل افتراضيا - كما ذكرنا - لان المقصود من الملك الحقيقي الكامل بداهة ، هو اجتناء ثمراته ، وهذا ليس كذلك بل التصرف أو العقد نفسه ليس مقصودا لذاته ، بل لثمراته ، فكان تحريم الانتفاع على المشتري ، يستلزم للملك عن آثاره المقصودة منه شرعا ، حملا للمشتري ، اما على الفسخ ، أو على التصرف الى الغير تصرفا ناقلا للملك ، للتخلص من هذا المبيع ، لفساد ملكيته .

وعلى هذا ، فان العقد الفاسد يجب فسخه ، قبل القبض ويعسده حقا للشرع ، ما لم يتصرف المشتري في المبيع تصرفا ناقلا للملك الى الغير فيسقط حق الفسخ عندئذ بالنسبة للبائع ، حماية لحق الغير حسن النية لان احكام الشرع تبني على الظاهر ، ويتقرر حق البائع في المثل أو القيمة كما لو هلك المبيع في يد المشتري بعد قبضه . وانما يحكم بالمثل أو القيمة ولا يحكم بالثمن المحدد المتفق عليه في العقد ، لان فساد العقد يفسد ما تضمنه من تحديد الثمن والشروط الواردة فيه ، فيصار الى البدل .

وكذا اذا هلك المبيع بعد القبض ، أو تغيرت صورته ان التغير كالاتلاف أو زاب زيادة متصلة غير متولدة عنه ، فيصار الى المثل أو القيمة لتعذر الشرط أو اعادة المبيع على الحال التي كان عليها قبل التعاقد ، فيسقط حق الفسخ لذلك .

والخلاصة : أن العقد الفاسد ، قبل التنفيذ والتقابض ، كالباطل — لا يترتب عليه أثر من آثار العقد الصحيح ، وهو وإن كان منعقدا ، لكنه واجب الفسخ ، سواء قبل القبض ، أو بعده ، ولا تلحقه الإجازة مطلقا .

غير أنه بعد القبض وبإذن البائع وتسليط منه ، أو في مجلس العقد يفوى تأثيره فيفيد الملك الضروري أو الاقتضائي للمشتري ، ضرورة تمكينه من التصرف فيه إلى الغير تصرفا ناقلا للملك ، تخلصا منه ، بل حمله الشارع على ذلك بتحريم انتفاعه بالمبيع بأي وجه من وجوه الانتفاع ، لأن ملك خبيث ، حتى إذا تصرف المشتري فيه تصرفا شرعيا صحيحا إلى الغير ، انتقلت الملكية الكاملة إلى ذلك الغير ، وسقط حق البائع في الفسخ ، حماية لحق الغير وانحصر حق البائع في المطالبة بالمثل أو القيمة ، لا بالثمن المحدد المتفق عليه في عقد الزواج لأن التسمية للثمن أو الأجرة أو المهر .

فسدت بفساد العقد ، وكذلك ما ورد فيه من الشروط ، إذ فساد الشيء يوجب فساد ما تضمنه (١) .

وسقوط حق الفسخ إنما يكون في حالة هلاك المبيع كليا أو جزئيا أو تغيير صورته ، بأي كان قمحا فطحنه ، أو ثوبا فخاطه قبيصا ، لأن التغيير كالاتلاف ، فيتعذر استرداد المبيع على الحالة التي كان عليها وقت التعاقد في حق الغير الذي اكتسبه بطريق شرعي صحيح ، حماية له ، ولصيانته عن النقص والابطال .

(١) - فتح القدير - ج ٥ - ص ١٨٧ - ص ٢٣١ - البدائع - ج ٥ - ص ٣٠٥

وما يليها ، رد المختار - ج ٤ - ص ١٦٣ -

وانما كان الملك في العقد الفاسد بعد القبض ، خبيثا ، لأن كل نفع أو كسب طريقة العقد الفاسد المنهى عنه ، يكون خبيثا محرما .

المبحث الثاني

ينقسم العقد الصحيح عند الحنفية من حيث ترتب آثاره عليه فـسـور
انعقاده ، ودون توقفها على اجازة أحد ، الى عقد نافذ وموقوف .

٢- العقد النافذ :

هو عقد صحيح ، أصلا ووصفا ، صادر من أهله ، مضاف الى محله
القابل لحكمه .

ويقصد بكونه صادرا من أهله ، أى ممن له أهلية كاملة ، وولاية
على محل العقد ، بمقتضى ملكيته له ، أو بمقتضى النيابة عن مالكه ، بأن
كان وكيلا أو وليا شرعيا . وأخيرا ، لم يتعلق به حق للغير .

حكم العقد النافذ :

انه سبب صالح لترتب آثاره عليه ، فور انعقاده ، ودون توقف
على اجازة من أحد .

وذلك من مثل عقد بيع البالغ العاقل ، واجارته ، وزواجه ، أو عقد
الولى أو الوصي بالنسبة للقاصر ، أو عقد الوكيل مترسما ما أملتـه ارادة
موكله في عقد الوكالة .

العقد الموقوف ،

هو عقد صحيح عند الحنفية ، لصدوره من أهله ، مضافا الى محله
القابل لحكمه ، غير أنه اعتراه سبب من أسباب وقف آثاره ، وتراخيها انسى
وقت اجازته من صاحب الشأن ، فهو عقد موقوف الآثار .
وسبب الوقف ، قد يكون لنقص الاهلية ، كعقد بيع الصبي الممـيز
فانه موقوف على اجازة وليه ، أو عقد المحجور عليه لسفه أو عته .

وقد يكون سبب الوقف عدم ولاية العاقد على محل العقد ، بأن لم يكن مالكا له ، وليس ذا صفة ، من الوكالة أو الولاية الشرعية ، بأن كان فضوليا ، فيتوقف نفاذ العقد ، وترتب آثاره على اجازة صاحب الشأن وقد يكون السبب تعلق حق الغير بمحل العقد ، فيتوقف نفاذه على اجازة صاحب هذا الحق المكتسب بطريق شرعي صحيح سابق على تاريخ إبرام هذا العقد ، كبيع الراهن العين المرهونة أو بيع المؤجر العين المؤجرة .

ونذهب الشافعية ، الى أن العقد الموقوف لعدم الولاية باطل لا يشترط لانعقاد العقد عندهم أن يكون العاقد ذا ولاية ، فإذا لم يكن كذلك ، فقد تخلف شرط انعقاد لا شرط نفاذ ، فيقع باطلا ، وعلى هذا فالعقد الصحيح عند الشافعية لا يكون الا نافذا فلا يعرفون العقد الموقوف لعدم الولاية ، بل يعتبرونه من قبيل الباطل .

ومنشأ الخلاف ، هل الولاية على اصدار العقد شرط انعقاد أو نفاذ بالاول قال الشافعية ، والى الثانية ذهب الحنفية والمالكية ، وذلك كبيع الفضولي ، باطل عند الشافعية ، ان ليس للفضولي ولاية اصدار هذا العقد ان ليس له ولاية على حله ، وهو موقوف عند الحنفية على اجازة صاحب الشأن حتى اذا لم تلحقه الاجازة كان باطلا ، واذا لحقته ، كان صحيحا من وقت انشائه .

حكم العقد الموقوف :

لا تترتب عليه آثاره الا ان لحقته اجازة صاحب الشأن ، وهو ممن يطك اصداره ، فان لم تلحقه الاجازة ، بطل .

المبحث الثالث

تقسيم العقد النافذ الى لازم وغير لازم :

١٤٨) أ - العقد اللازم

هو العقد الصحيح النافذ الذي لا يستقل أحد طرفيه بحاشية

فسخه .

وهو نوعان :

أولهما : العقد الذي يستحيل فسخه أبداً ، ولو اتفق طرفاه على

ذلك ، بالنظر الى طبيعته ، كعقد الزواج .

هذا ، والطلاق ليس فسخاً له ، بل انتهاء ، فهو عقد

لا يقبل الفسخ بحال .

والثاني : وهو ما يقبل الفسخ باتفاق طرفيه ، ولكن لا يستقل احدهما

بفسخه دون رضا الآخر ، وذلك كعقود المعاوضات

من مثل البيع والاجارة ، والمساواة ، فهي عقود نافذة

تنتج آثارها فور انعقادها ، ولازمة ، لا تفسخ إلا باتفاق

طرفيها (الاقالة) .

وهذا النوع لا يستقل أحد طرفيه بالفسخ الا في احوال أربع :

أولاً : أن يكون لاحدهما خيار المجلس ، وذلك عند الشافعية والحنابلة .

ثانياً : أن يكون لاحدهما خيار الشرط .

ثالثاً : أن يثبت لاحدهما خيار الرجعية .

رابعاً : أن يكون لاحدهما خيار العيب .

ب - العقد غير اللازم :

وهو ما يملك أحد طرفيه أن يستقل بفسخه دون رضا الآخر ، وهو

سومان .

أولهما : أن يثبت لواحد معين من طرفيه حق الاستقلال بالفسخ لكونه غير لازم في حقه ، وإن كان لازماً بالنسبة للطرف الآخر وذلك كعقد الرهن ، فإنه لازم بالنسبة للراهن ، وغير لازم بالنسبة للمرتهن ، فيملك أن يفسخه في أى وقت شاء ، ولو بدون رضا الآخر ، لأنه إنما شرع صيانة لحقه ، وتوثيقاً له .

الثاني : وهو العقد غير اللازم بالنسبة لكل من طرفيه ، فيملك أن يستقل كل منهما بالفسخ دون رضا الآخر ، ومن ذلك عقد الوكالة بدون أجر ، والوديعة ، والعارية ، والشركة ، لأنها يحكم طبيعتها غير لازمة بالنسبة لطرفيها على السواء .

تقسيم العقد بالنسبة لاتصال الحكم بالصيغة :

الاصل أن العقد الصحيح ينتج آثاره عقب انعقاده مباشرة واستثني من هذا الاصل بعض العقود التي لا تترتب آثارها عليها فور صدورها ، بحكم طبيعتها ، أو بإرادة العاقد تأخير هذه الآثار ، السى فترة زمنية معينة ، بل قد يعلق العقد كله على حدوث أمر آخر .
فنتج عن ذلك ثلاثة أقسام للعقود بالنسبة لاتصال الحكم (الاثر) بالصيغة :

العقد المنجز - العقد المضاف - العقد المعلق .

العقد المنجز :

هو العقد الذى صدرت صيغته غير معلقة على شرط ، أو مضافة الى المستقبل .

وحكمه ، أنه تترتب آثاره عليه فور انعقاده ، لان الاصل أن العقد

سبب شرعي يترتب الشارع عليه آثاره في الحال .
ويستثنى من ذلك ، عقد الوصية ، لانها تمليك مضاف الى ما بعد
الموت ، فلا تترتب آثارها الا بعد وفاة الموصي ، فكانت منجزة
في ظاهرها ، ولكنها عقد مضاف الى المستقبل في حقيقتها .
وكذلك عقد الايضاء ، بما هو تفويض الاب أو الجد التصرف في
مصالح أولاده أو أحفاده القصر الى الغير بعد وفاته .
هذا ، والعقد المنجز نوعان :

أولهما : العقد الذي لا يقتصر في ترتب آثاره فورا الى أى أمر آخر
يتوقف عليه ، كقبض محل العقد مثلا ، وذلك كعقد البيع وعقد
الاجارة .

الثاني : ما يتوقف في انتاج آثاره فور انعقاده على قبض محل العقد
كعقد الهبة ، وعقد القرض وعقد الرهن (١) ، وتسمى عقودا
عينية .

حقيقة القبض :

هذا ، والقبض يختلف ما هيته باختلاف طبيعة محل العقد
فهو في العقار بالتخلية ، وفي المنقول باستلامه باليد اذا أمكن
وفي المكيل والموزون ، بالكيل والوزن ، وهذا عند الشافعية .
وعند الحنفية أن القبض يتم بالتخلية بين المعقود عليه والمتملك
على وجه يستطيع معه التصرف فيه .
هذا ، والعقد المنجز قد يكون بصيغة مطلقة ، وقد يكون بصيغة

(١) - تبين الحقائق - ح ٤ - ص ٢٥٧ - نهاية المحتاج - ح ٢ - ص ٢٦٨

مقتزنة بشرط ، كعقد البيع الذى اشترط فيه تأجيل الثمن ، فهذا لا يمنع التنجيز ، أو ترتب سائر آثاره عليه فور انعقاده ، ما عدا الثمن المؤجل .

العقد المضاف :

ما كان الايجاب فى صيغته ، مضافا الى زمن المستقبل ، سواء أكانت الصيغة مطلقة أم مقتزنة بشرط ، كأن تقول : أجرتك أرضي هذه مدة ثلاث سنوات ، ابتداء من السنة القادمة ، أو تقول : وقفت دارى هذه على اليتامى الفقراء ، ابتداء من الشهر المقبل .

وحكم العقد المضاف ، أنه ينعقد فى الحال علة لحكمه ، ولكن لا ترتب عليه آثاره الا عند حلول الوقت المضاف اليه .

أقسام العقد المضاف :

ينقسم العقد المضافة آثاره الى المستقبل ، الى انواع ثلاثية :
الاول : عقد مضاف بحكم طبيعته ، ان الاضافة جزء من مفهومه ، وذلك كعقد الوضية والايمان ، فان آثارهما لا تظهر الا بعد وفاة الموصى .

الثاني : عقود تقبل الاضافة بإرادة أحد المتعاقدين ، واغلبها من العقود المنجزة التى ترد على المنفعة ، كالأجارة ، والعارية ، والمساواة والجزارة ، ان المنافع تحدث شيئا فشيئا ، وتتجدد بتجدد الزمن ولا يمكن استيفاءها جملة واحدة ، لذا كانت عقودها يمكن أن تنعقد منجزة ، ولكنها تقبل الاضافة بحكم طبيعتها ، أى بالنظر الى محتمل العقد ، وهو المنفعة .

وذلك كعقد الاجارة الذى تضاف آثاره أو يحدد بدء جريانه وذلك الى

السنة القادمة ، اعتبارا من أول كانون الثاني مثلا .
ومن العقود التي تقبل الاضافة ، الوكالة ، والكفالة ، والحوالة .
حيث يمكن أن تكون منجزة ، أو اضافة ، وكذلك الاسقاطات ، كالطلاق
والنكاح .

الثالث : عقود لا تقبل الاضافة بحكم أصل وضعها الشرعي :

وذلك كعقود المعاوضات المالية التي محلها أعيان كعقد البيع حيث
تنتقل ملكية المبيع من المبيع إلى المشتري ، وقور الانعقاد ، والابراء
من الدين ، والهيبة ، والشركة .

ذلك ، لأن هذه العقود إنما شرعت أصلا ، لتترتب آثارها عليها في
الحال ، فإذا أضيفت كانت على غير وضعها الشرعي (١) ، ولهذا ، لا تصح
مع الاضافة ، وكذلك عقد الزواج ، لأنه يفيد الجل في الحال .

العقد المعلق :

هو ما علق وجوده ، علم وجود أمر في المستقبل ، بإداة من أدوات الشرط
أو ما فيه معناها ، كأن تقول : إن رفعت علي قضية ، فانت وكيلي أمام
المحكمة ، فعقد الوكالة معلق علم حدوث أمر في المستقبل (شرط) .

حكم العقد المعلق :

ينعقد علة في الحال ، عند الجمهور ، خلافا للحنفية ، وتأخر آثاره
إلى وقت حصول (الشرط) المعلق عليه فالتعليق لا يمنع الانعقاد .
وذهب الحنفية إلى أن التعليق يمنع انعقاد العقد سببا في الجهل

(٦) - المندخل إلى الحقيقة الإسلامية - الدكتور حسن أحمد .

وانما يتأخر انعقاده الى وقت حصول الشرط المعلق عليه ، فينتج
آثاره حينئذ ، أو بعبارة أخرى ، يتأخر انعقاد العقد وانتاج آثاره
الى زمن حصول الشرط مستقبلا .

وثمره الخلاف تظهر فيما لو علق النذر على حصول أمر في المستقبل
كان يقول : ان نجحت في الامتحان ، فله علم ، نذرا ، أتصدق بالف ليرة
سورية للفقراء ، ثم تصدق بها قبل وقوع الشرط ، صم عند الجمهور وأجزأ
عن النذر ، لانعقاد النذر في الحال ، ولم يجزىء عن النذر عند الحنفية
لانه لم ينعقد ، فوجب عليه التصديق من جديد ، وفاء للنذر ان لا يصم
وفاء للنذر قبل انعقاده نذرا .

وشروط صحة التعليق :

- ١ - أن يكون الامر المعلق عليه على خطر الوجود والعدم .
فلو كان محقق الوجود في الحال ، كان منجزا ، والتعليق صوري
أما ان كان محقق الوجود مستقبلا ، تحققا لا احتمالا فيه ، فهو
إضافة لا تعليق ، كأن تقول ان جاء شهر رمضان العام القادم ، فانت وكيله
وهو آت لا ريب فيه ولا احتمال ، والتعليق يفترض الاحتمال لا التحقق .
- ٢ - ألا يكون التعليق على شيء لا نعلمها ، كشيء الله تعالى ، كقوله
لزوجته : انت طالق ان شاء الله ، لا يقع الطلاق .
هذا وعقود التمليكات المالية لا تقبل التعليق ، فيما عدا الوصية
سواء أكانت عقود معاوضة ، كالبيع والأجارة ، أم عقود تبرع ، كالهبه
والقرض ، والوقف ، وخالف المالكية في التبرعات ، فجازوا تعليقها
ان لا يترتب على تعليقها ضرر .
- ٣ - أما عقود التمليكات ، فلأن الشارع وضعها لتفيد الملك في الحاصل

والتعليق يتنافى مع وضعها الشرعي ، فلا تصح مع التعليق للمنافاة .
وكذلك عقد الزواج ، لا يصح تعليقه ، لانه وضع شرعا ، لافساده
الحل في الحال .

ونذهب ابن تيمية وابن القيم اليه ، أنه يصح تعليق العقود والفسوخ
والالتزامات والتبرعات بالشروط ، ولا يمنع من ذلك مانع الا ما ورد النهي
عنه من الشارع (١) .

(١) - اعلام الموقعين - ج ٢ - ص ٢٨٨

المدخل للفقهاء الاسلام ، - ص ٥١٦ - ص ٥١٧

للشيخ عيسوي أحمد عيسوي .

الفصل الخامس

الخيارات

الخيار اصطلاحاً ، هو اختيار امضاء العقد أو فسخه ورقعه
من أساسه ، أو أن يختار شيئاً من اثنين أو ثلاثة

ونتناول أهم الخيارات بالبحث وهي :

خيار الشرط ، وخيار الرؤية ، وخيار العيب وخيار التعيين .

هذا ، والخيارات لا تكون الا في العقود اللازمة ، أما العقود غير
اللزامة بطبيعتها ، فليست مجالاً للخيارات ، ان لا فائدة منها ، كالوكالة
والشركة .

هذا ، والخيارات قسمان :

الاول : يثبت بالاشتراط ، واتفاق المتعاقدين عليه ، وذلك كخيار
الشرط ، وخيار التعيين .

الثاني : خيارات أثبتها الشارع نفسه ، وتوجد بوجود أسبابها ، دون
اشتراط وذلك كخيار الرؤية ، وخيار العيب .

الفرع الاول

خيار الشرط

خيار الشرط ، من اضافة الشيء الى سببه ، أي خيار سببه الشرط

تعريفه :

ما يشترط في صلب العقد ، أو بعده ، لاحد المتعاقدين ،

أو كليهما ، أو لغيرهما ، من امضاء العقد أو فسخه ، في مدة معينة .

حكم هذا الخيار :

يصبح العقد اللازم بطبيعته ، غير لازم بالنسبة لمن شرط الخيار
ونذهب الا امام مالك الو، أن شرط الخيار يثبت بالشرط أو العرف .

والاصل في خيار الشرط ، ما روى عن أن حبان بن منقذ الانصاري
كان يغبى في البيعات ، فشكاه أهله الو، رسول الله - صلى الله عليه وسلم
ليعجز عليه ، فقال له النبي - صلى الله عليه وسلم : " إذا بايعت فقل
لا غلبة ، ولم الخيار ثلاثة أيام " .

وحكمة مشروعية الخيار ، الحاجة الو، التروى ، والمشاورة ، وأستطلاع
رأى أهل الخبرة ، وهو يخشى فوات الصفقة ولذا شرع استحسانا
لهذا الغرض ، ان القياس يقضي بعدم تعليق عقود المعاوضات
ويوجب أن ينعقد العقد لازما ، مراعاة لاستقرار التعامل ، فإذا
وجد المشتري المبيع يتفق مع مصلحته ، أمضى العقد ، والا نقضه
من أساسه .

هذا ، واجاز جمهور الفقهاء اشتراط الخيار بعد العقد ، وإن كان
الاصل أنه يشترط في صلبه .

مدة خيار الشرط :

اتفق الفقهاء على جواز اشتراط هذا الخيار ثلاثة أيام فما دونها
لصريح النص : " ولي الخيار ثلاثة أيام " .
واختلفوا فيما زاد عن ثلاثة أيام .

١ - فذهب أبو يوسف ومحمد بن الحسن ، والحنابلة ، إلى أنه يجوز
الاشتراط إلى أكثر من ثلاثة أيام ، ودون تحديد ، إذا اقتضت
الحاجة ذلك ، تحقيقا لحكمة تشريعية .

٢- وذهب أبو حنيفة ، وزفر ، والشافعية ، إلى عدم جواز الخيار ، إلى أكثر من ثلاثة أيام ، لورود النهي ، ولأنه جاء على خلاف القياس ، فلا يتوسع فيه ، ولأنه شرع للضرورة ، وهو يقتدر بقرائنها . ولكن هذا التعليل حجة عليهم ، إذ قد تقتضيه الضرورة أكثر من ثلاثة أيام .

أما المالكية ، فقد رأوا أن المدة إنما يكون تحديدها ، تبعاً لنسب التصرّف (١) ، فقد يقتضيه اليوم ، أو اليومين ، أو الشهر ، أو الأكثر (١) من ذلك ، وهذا رأي سديد . ومجال خيار الشرط العقود اللازمة القابلة للفسخ ، كما تقدم .
حكم شرط الخيار في العقد :

أولاً : . الاثر الأول لشرط الخيار في العقد ، أنه يجعله غير لازم بالنسبة لمن شوط له ، كما قدمنا ، فتكون له سلطة فسخه خلال المدة المعينة أو أمضائه ، حتى إذا نقضه اعتبر كأن لم يكن ، وإذا أمضاه لزم في حقه منذ انشأه .

فإذا كان الخيار للمشتري ، كان له وحده حق الأمضاء والفسخ . وإذا كان للعاقدين كليهما ، ملك كل منهما حق الأمضاء والفسخ ، على استقلال حتى إذا فسخ أحدهما العقد بطل ، أما لو أمضاه أحدهما بقي حق الآخر أن أمضاه لزم في حقه ، وإن فسخه بطل . وإذا كان لغيرهما ، نائباً عن أحدهما فإنه يملكه ، كما لا يخفى .

(١) بداية المجتهد - ج ٢ - ص ١٧٢

المغنى - ج ٣ - ص ٥٨١

البدائع - ج ٥ - ص ٢٦٤ .

ثانيا : أما الاثر الثاني، لشرط الخيار ، فهو منصب على حكم العقد ،
اذ يمنع انتقال ، أو خروج العوض من ملك من له شرط الخيار
فإذا كان للبائع ، لم يخرج المبيع عن ملكه ، طوال مدة الخيار
اذ لا ينتقل الملك الا مع الرضا ، والرضا هنا غير بات أو هو
متردد ، بل يذهب بعضهم الى أنه معدوم .
وإذا كان شرط الخيار للمشتري ، فكذلك ، لا يخرج الثمن عن
ملكه ، طوال مدة الخيار ، لعدم توافر الرضا البات .

وإذا كان الشرط لكليهما ، فإن العوضين لا يخرجان عن ملكيهما
بل يبقيان على حكم الاصل .

هذا ، وإذا كان شرط الخيار مانعا من خروج العوض عن ملك من
شرط له ، فلا يمنع أن يخرج العوض عن ملك الطرف الآخر ، لان العقد
في حقه لازم منذ انشاءه ، ومعنى هذا ، أن أثر خيار الشرط على العقد
هو عدم ترتب حكم العقد بالنسبة لمن شرط له .

ونذهب بعض الفقهاء ، الى أن خيار الشرط لأتأثير له الا على
لزوم العقد ، لا على نفاذه ، فيبقى صحيحا نافذا ترتب عليه كفاية
آثاره ، غير أنه بالنظر لخيار الشرط ، يكون لمن شرط له حق فسخه
ومعلوم أن العقد النافذ غير اللازم ، ترتب عليه آثاره فور انعقاده .

سقوط خيار الشرط :

يسقط خيار الشرط بالاسباب الاتية :

١ - مضى مدة الخيار المحددة ، دون اضاء أو فسخ ، ويلتزم

العقد منذ ابرامه .

٢ - الفسخ أو الامضاء ، صراحة ، أو دلالة ، فان فسخه اعتبر كأن

لم يكن ، وان اضاء لزم منذ انشائه ، ويشترط أن يكون

ذلك خلال المدة المحددة .

٣ - موت من له حق الخيار ، فلا يورث ، لانه رغبة ومشية

وهذا عند الحنفية والحنابلة .

ويرى المالكية والشافعية أن خيار الشرط يورث .

فلا يسقط بموت من شرط له لانه حق تعلق بالاموال ، والحق قسده

يورث عنه هم .

٤ - هلاك محل العقد ، أو تغير صورته عما كان عليه وقت التعاقد

بحيث يتعذر رده الى الحال التي كان عليها ، عند فسخ

العقد .

(١) - والفسخ صراحة ، كأن يقول فسخت العقد ، أو ابطلته ، أو نقضته

والفسخ دلالة ، كان يتصرف البائع الذى شرط له الخيار بالمبيع ، تصرفا

شرعيا ببيعه الي الغير ، أو تصرفا ماديا كالزيادة فيه ، والا جازة

صراحة ، كأن يقول أجزت العقد . وكذلك المشتري ، كأن يقول

صراحة ، فسخت العقد ، أو أجزته ، أما فسخه دلالة فكأن

يتصرف المشتري بالثمن اذا كان عينا ، تصرفا ماديا أو شرعيا .

أما الا جازة دلالة ، فكأن ينقل المشتري الاثاث الى الدار التي

اشتراها بشرط الخيار .

الفرع الثاني
خيار الرؤية

تعريف خيار الرؤية :

هو حق التعاقد في فسخ العقد أو أعضائه ، عند رؤية محله ، اذا لم يكن رأه وقت التعاقد ، أو قبله بمدة لا يتغير في مثلها عادة .
(١٣٤)

سبب ثبوته :

يتبين من التعريف ، أن سبب ثبوته ، هو عدم رؤية محل العقد
الرؤية نفسها ، وهذا يظهر في حالتين .
أولاهما : عدم رؤية محل العقد وقت انشاءه .
الثانية : أن تكون رؤية سابقة لمحل العقد قبل التعاقد بمدة ، ثم يراه متغيرا عند التعاقد ، ان تعتبر تلك الرؤية ، كأن لم تكن لانها لم تعد وسيلة صالحة للعلم بالمحل ، والاحاطة به ، مما يتحقق به مقصوده .

مشروعية خيار الرؤية :

اختلفت اجتهادات الفقهاء في أصل مشروعية خيار الرؤية على رأيين :
أولهما : أن خيار الرؤية غير مشروع أصلا وهذا رأى الامام الشافعي في الجديد (١) .

ووجهة نظره ، أن خيار الرؤية يفترض قيام عقد بيع صحيح لعين

(١) - واما مذهب القديم ، فيجيز بيع الغائب اذا بين التعاقد أن جنسه ونوعه ، دون بيان لما عليه من أوصاف ، وعلى هذا يثبت

فيه خيار الرؤية ، لكنه يتحدد في مجلس الرؤية .
معني المحتاج - ج ٢ - ص ١٨ - فتح القدير ج ٥ - ص ١٣٧ - ص ١٣٨ .

معينة بالذات غائبة وموصوفة ، حتى يتصور فسخه ، وهذا النوع من بيع الغائب باطل ، ولو كان محله موصوفاً ، لغوات شرط ممن شروط انعقاده ، وهو العلم بمحل العقد ، علماً نافياً للجهالة أو الغرر ، ولا يتم العلم بالاعيان المعينة بالذات - في اجتهاد الامام الشافعي - الا عن طريق المشاهدة والرؤية ، لا الوصف لان الوصف لا يقوم مقام الرؤية في ادراك المحل ، والعلم به علماً كافياً نافياً للجهالة أو الغرر المنهي عنه ، فاذا لم تتم الرؤية عند التعاقد ، وقع باطلاً ، فلا وجه للقول عندئذ بثبوت خيار الرؤية ، اذ لم تعد ذات موضوع ، لما قلنا ، من أن هذا الخيار يفترض قيام عقد صحيح ، ليتصور فسخه بخيار الرؤية ، وهذا العقد باطل ، لانه بيع عين معينة بالذات غائبة دون رؤية سابقة ، والباطل مغدوم شرعاً ، فلا يتأتى أن يرد عليه امضاء أو فسخ بخيار الرؤية .

الثاني : وذهب الحنفية الى مشروعية خيار الرؤية ، بل ثبوته دون اشتراط حقا للشرع ، بالنص سواء وصف المحل ، أم لم يوصف (١) ، بمعنى أن خيار الرؤية ثابت بايجاب الشارع ، لا بارادة المتعاقدين . .
منشأ الخلاف :

يفهم ما سبق ، أن منشأ الخلاف " هو مسألة بيع العين الغائبة اذا كانت معينة بالذات " كالارض ، والسيارة ، والمنزل ، من القيمات ولو كانت موصوفة ، هل يصح التعاقد عليها أو لا ؟

(١) - تبين الحقائق - ح ٤ - ص ٢٤ - فتح القدير - ح ٥ - ص ١٣٧ .

فالقائلون بصحته ذهبوا الى مشروعية خيار الروئية ، ومن قال ببطلانـه
نفي مشروعيته .
أدلة الاولين :

١ - استدلوا على نفي مشروعية خيار الروئية ، بما رواه أبو هريرة - رضي
الله عنه - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - " نهى عن بيع
الغرر " وهو هنا الجهالة المفضية الى النزاع الذي يتعذر حسمه
والجهالة تنافي العلم بالمحل ، وهو شرط انعقاد .
واستدلوا كذلك بقوله - صلى الله عليه وسلم - " لا يحل سلف وبيع ،
ولا شرطان في بيع ، ولا ربح ما لم يضمن ، ولا بيع ما ليس عندك " .
ومحط الاستدلال هو قوله - صلى الله عليه وسلم - : " لا تبـيع
ما ليس عندك " ان حملوه على النهي عن بيع العين الغائبة عن مجلس
العقد ، وهي العين التي لم يرها العاقد عند انشاء العقد
والنهي يقتضي التحريم ، ولا مشروعية مع التحريم .

أدلة القائلين بالمشروعية :

١ - استدلوا بقوله - صلى الله عليه وسلم : " من اشترى ما لم يره ، فله
الخيار اذا رآه (١) وهذا نص في الموضوع ، ان يتناوله على سبيل

(١) - المراجع السابقة - هذا وقد طعن بعض الفقهاء في هذا الحديث
وهو وان ورد في البيع ، لكنه لا يفيد الخصوصية ، فيلحق به ما كان
في معناه ، لوحة المناط ، فينسحب حكمه على كافة عقود المعاوضات
المالية اذا كان محلها عينا معينة بالذات ، كالمقايضة ، والصلح
على مال ، والقسمة في غير المثليات .

الاصالة هذا ، ويستنبط من هذا الحديث حكمالان (١) ~~بأنه~~ بالمشروعية :

الاول : جواز شراء الانسان ما لم يره .

الثاني : ثبوت الخيار له عند رءيته .

٢ - ومن أدلتهم ، ما روى أن عثمان بن عفان باع لطلحة بن عبد الله أرضا بالبصرة لم يرها واحد منهما ، فقيل لطلحة : انك قد غبت ، فقال : لي الخيار ، لاني اشتريت ما لم أره ، وقيل لعثمان ، انك غبت ، فقال : لي الخيار ، لاني بعث ما لم أره ، فحكما بينهما جبير بن مطعم ، فحكم بأن الخيار لطلحة (١) ، وكان بمحضر مسن الصعابة ، ولم ينكر عليه أحد ، فكان اجماعا (٢) منهم على جسواز بيع انشيء الفائب ، ومشروعية خيار الرؤية .

٣ - واستدلوا كذلك بقوله ﷺ : " ليس الخبر كالمعاينة "

افرد على النافين لمشروعية خيار الرؤية ومناقشة ادلتهم :

اما ادعاؤهم أن لا طريق للعلم بالمحل الا الرؤية ، فيتجه عليه أن الوصف كاف للتعيين . وعلى التسليم بأن فيه جهالة ، لكنها لا تفضي الى نزاع مشكل ، لانه عند رءيته ، يطك امضاء العقد او فسخه ، وان الطرف الآخر على بينة من أن للمشتري هذه السلطة ، فلا جهالة ولا غرر ولا نزاع ، فلا يكون هذا مشمولا بالنهي عن الفرر الوارد في الحديث .

(١) - وهو المشتري الممتلك ، وفيه دليل على أن البائع ليس له خيار

رؤية .

(٢) - وهذا اجماع سكوتي ، اولزومي .

هذا ، ولا نكران أن الحاجة ماسة الى التعاقد على الايمان الغائبة المعينة بالذات ، بعد وصفها ، وتعيينها ، وقد تفوته الصفة اذا انتظر حتى الرؤية ، فينبغي - دفعا للحاجة ورفعا للحرص ، وتيسيرا للمعاملة أن يكتفى بالوصف في تعيين محل العقد ، اذا كان غائبا ، ومن الاشياء المعينة بالذات (١) ، كما قلنا .

وأما تأويلهم لقوله - صلى الله عليه وسلم - " لا تبع ما ليس عندك " بأن المراد به ، المنهي عن بيع العين الغائبة عن مجلس العقد فتأويل بعيد مستكبر ، لان التبادر من " العندية " في الحديث ، الملك والتقدرة على التسليم لا الغيبة ، على معنى " لا تبع ما لا تملك " . ولا تقدر على تسليمه .

يؤيد هذا ، القصة التي ورد فيها هذا الحديث .

هذا فضلا عن النصوص من السنة التي اثبتت مشروعية خيار الرؤية ولهذا فرجح ما ذهب اليه القائلون بالمشروعية .

هروط خيار الرؤية :

قلنا ان " خيار الرؤية " يثبت للمشتري أو من في معنياه دون اشتراط ~~معد~~ الحنفية ، حقا للشرع ، وبايجاب منه بالنص ، وان تحقق

(١) - خلافا للنفية الذين يذهبون الى أن البيع بالوصف ، وان كان نافيا للجهالة ، لكن الرؤية تفيد علما أدق مما يفيد وصفه ، ولذا فانهم يثبتون للمشتري أو المملك ~~هبط~~ الرؤية ، ولو وجد المبيع مستكملا كافة الاوصاف التي اشترطت في العقد ، اذا راه هير موافق لرغبته ومقصوده ، لانه ادري بها ، ولا يرون توافر الوصف قاطعا لحق المشتري في خيار الرؤية .

الاوصاف في العين الغائبة ، لا يقطع أو يسقط حق الخيار هذا (١) ، لكن ذلك مشروط بما يأتي :

أولا : أن يكون محل العقد عينا معينة بالذات ، مما لا يثبت ديناً فسيئ الذمه ، أي من الأموال التي تتعين بالتعيين ، فلا يثبت خيار الرؤية في المسلم فيه في عقد السلم مثلا ، لأنه مما يتعين بالوصف لا بالذات ، فيكون ديناً موصوفاً في الذمه ، فلا يثبت فيه خيار الرؤية .

ثانيا : أن يكون العقد من عقود المعاوضات المالية اللازمة التي تنسخ بافرد ، وهذا شرط تقتضيه طبيعة الخيار نفسه ، وأما ما لم يكن كذلك ، فلا يثبت فيه هذا الخيار ، لعدم الفائدة ، وذلك كالخلع ، والنكاح ، والصلح عن القصاص ، إذ لا تحتل الفسخ وان كان محلها مما يتعين بالذات .

ثالثا : عدم رؤية الممتلك محل العقد عند انشائه ، أو قبله بفترة لا يتغير خلالها عادة . . .

رابعا : وقوع الرؤية فعلا ، فلا يثبت هذا الخيار قبلها .
هذا ، وثمة رأي يذهب إلى أن للممتلك الحق في الفسخ قبل
الرؤية ، لأن سببه هو عدم الرؤية لا الرؤية نفسها .
محل خيار الرؤية :

بيننا آنفاً ، أن خيار الرؤية يشترط في ثبوته ، أن يكون العقد من المعاوضات المالية اللازمة وأن يكون محله من الأعيان التي تتعين

(١) - خلافاً للمالكية الذين يرون أن الوصف يقوم مقام الرؤية في العلم بمحل العقد علماً كافياً .

بالتعيين ، لا بالأوصاف وان يحتمل الفسخ ، ومن ذلك ، عقد البيع اذا كان محله من الاعيان المشخص التي تتعين بالذات ، وعقد الصلح على مال ، والقسم ، اذا كان محل الاول عينا مشخصة ، ومحل الثانية أمـوالا مشتركة من القيميات لا المثلثيات ، اذا لم يكن المشتري أو المـتـمـلك قد رأى محل العقد عند انشائه .

أو بعبارة أخرى ، محله عقود المعاوضات المالية اللازمة التي تنفسخ بالرد ، أما ما لا ينفسخ بالرد من العقود ، فلا يثبت فيه خيار الرجوع لعدم الفائدة ، وذلك كالخلع ، والنكاح ، والصلح عن القصاص (١) ولو كان محله من الاعيان التي تتعين بالتعيين .

لمن يثبت خيار الرجوع :

يثبت للمشتري أو المـتـمـلك ، وأما بالنسبة للبائع أو المـلـك ، فقد اختلفوا في ثبوته له ، فكان ابو حنيفة يقول بذلك ، بأن ورث البائع عينا فباعها قبل أن يراها ، ثم رجع الامام عن ذلك (٢) .

أما اذا كان العقد "مقايضة" كأن يبيع أرضا بسيارة ، بحيث يـدـون الثمن عينا مشخصة كالسبيح ، فان للبائع خيار الرجوع اجماعا ، لان كلا من طرفي العقد ، بائع ومشتري آن واحد ، فيثبت لكل منهما خيار الرجوع بوصف كونه مشتريا ، لا بائعا .

على أن الاجماع السكوتي منعقد على ثبوته للمشتري دون البائع على ما ورد في قضاء جبير بن مطعم ، كما بينا .

(١) - المرجع السابق .

(٢) - المرجع السابق .

هذا ، والاحكام الشرعية تدور على ما يغلب وقوعه ، لا على النادر
فالبائع يندر أن يبيع شيئا مما يملك دون أن يكون قد رآه ، وعلم به ، لوجوده
تحت يده ، فكان معينا لديه ، أو من المفروض أن يكون كذلك ، فإذا لم
يفعل كان مقصرا ، وعليه تبعة تقصيره ، بخلاف المشتري ، فإن عدم رؤيته
لمحل العقد مما يكثر وقوعه في التعامل ، لذا جاء نص الحديث
خاصة بالمشتري ، لتحقيق حكمة تشريعه بالنسبة اليه دون البائع
فيكون مقصورا عليه . وايضا ، خيار الروئية جاء على خلاف القياس
فلا يقاس عليه غيره ، بل يقتصر فيه على مورد النص .

ما المقصود بالروئية :

ليس المراد بها خصوص الروئية البصرية اجماعا ، بل ما هو أعم من
ذلك ، فتختلف طبيعة وسائل العلم أو الروئية ، باختلاف طبيعة المحلل
وهذا ما عبر عنه الفقهاء بقولهم " تعتبر الروئية في كل شيء بحسبه " فإذا
كان من المشعومات كالعطور فوسيلة تعيينه أو العلم به ، الشم ، أو من
البدويات كالزيت والشحن ، فوسيلته الذوق باللسان ، أو من المنسوجات
فوسيلته البصر واللمس ، أو كان من المرئيات كالبساتين ، والابنية (١)
فيعلم بالمشاهدة .

(٢) - لا يكفي مشاهدة ظاهر الدار أو المنزل ، بل لا بد من رؤية باطنه
وحجراته ومرافقه ، إذ تختلف المنازل في ذلك اختلافا كبيرا ، فكانت
رؤيته من الخارج لا توصل الى العلم بحقيقته علما دقيقا كاملا
محيطا ، وفيل يكفي بمشاهدة الظاهر ، ونحن نرى أنه يكتفي
بمشاهدة الظاهر ، وإن كان البناء مما لا تختلف غرفة ومرافقه ، بأن كان
على نمط معين مسجدا ، فلا اختلاف إذن أساسه اختلاف العادات
والاعراف في كل زمن .

هذا ، وإن كان من المكيلات أو الموزونات ، وكانت اجزاؤه غيبـير
متفاوتة ، فإن رؤية عينة منها ، كافية في معرفة الكل ، والعلم به ، فيسقط
خياره برؤية هذه العينة ، ويلزم العقد ، وإن لمهر الكل ، لعدم
التفاوت ، بخلاف ما اذا كانت اجزاؤه متفاوتة ، بأن كان مــــن
العدديات ، فإن رؤية بعضها ، لا تسقط خياره في سائرها ،
للتفاوت ، فلا تكون رؤية البعض مفيدة للعلم بالكل ، فيبقى العقد
في حقه غير لازم .

وعلى هذا ، فالمراد بكلمة " الرؤية " العلم بالمقصود (١) .

أثر خيار الرؤية في العقد

- ينصب أثر خيار الرؤية على لزوم العقد ، فقط ، ولا يؤثر على نفاذه
فيكون عقدا صحيحا نافذا غير لازم ، وذلك بالنسبة للمشتري أو المملـك
إن ثبت هذا الخيار له وحده ، كما قد سنا ، دون الطرف الاخر من اليائـع
أو المملـك ، لان العقد بالنسبة لهذا الاخر لازم ، وهو الصحيح .
وعلى هذا ، فإن لمن يملك هذا الحق - وهو المشتري أو مــــن
في حكمه - أن يفسخ العقد أو يرضيه ، عند رؤية المحل ، ولا يتوقف
هذا الفسخ على رضا الطرف الاخر ، ولا على حكم القاضي .

وإذا كان العقد مع خيار الرؤية نافذا ، فإن جميع آثاره تترتب عليه .

هذا ، والحنفية الذين يثبتون هذا الحق دون اشتراط ، لانه ثابت
بإيجاب الشارع بالنص ، يجعلون لمن يملك هذا الحق فسخ العقد أو
امضاء عند رؤية المحل ، ولو كانت الاوصاف المشروطة في العقد متحققة

(١) - فتح القدير - ج ٥ - ص ١٣٨ وما يليها - رد المحتار ج ٤ - ص ٥٩٦ .

ص ٥٩٩ - البدائع - ج ٧ - ص ٣٦٠ - ص ٣٦١ .

في هذا المحل ، نهابا منهم ، الى أن الرؤية تفيد علما أدق من الوصف ، فلا يسقط تحقق الوصف في محل العقد ، حق الخيار في الرؤية ولأنه ثبت حقا للشرع (١) ، خلافا للمالكية ، حيث يرون أن توافق الوصف في محل العقد كاف للمعلم به ، وناف للجهالة فيلزم العقد لأنه يقوم مقام الرؤية في العلم بالمعقود عليه .

هذا ، والفسخ بخيار الرؤية يصح دون قضاء ، ولا رضا الطرف الآخر ، - كما ذكرنا - وهو فسخ على كل حال ، سواء قبل القبض وبمعهده بخلاف خيار العيب بعد القبض عند الحنفية .

هذا ، وباعتباره حقا للشرع ، لا يسقط ، مهما طال الزمن ، لأن الحق لا يسقط إلا بانتهاؤه ، أو بانتهاؤه الوقت المحدد له ، وليس لهذا الخيار وقت محدد ، فيبقى قائما ما لم يسقطه صراحة أو دلالة ، وذهب آخرون الى أنه مؤقت بوقت امكن الفسخ بعد الرؤية ، فإذا تمكن من الفسخ ولم يفعل ، سقط خياره بعضي الوقت ، ولزم العقد ، ولو لم يجزه صراحة أو دلالة . والصحيح الاول ، لما بينا .

(١) - المراجع السابقة - سيأتي أن الفسخ بخيار العيب يتوقف على رضا الطرف الآخر ، أو قضاء القاضي ، اذا كان بعد القبض عند الحنفية ان قد ينازع البائع في ادعاء المشتري بفساد شرط السلاطة في المبيع بعد القبض ، وعلى هذا ، فلا يفسخ العقد بعبارة المشتري وحده هذا عند الحنفية ، خلافا للشافعية والحنابلة ، ان يتم الفسخ بعبارة وحده .

بم يسقط خيار الرؤية :

يسقط خيار الرؤية بالاسباب الآتية :

١ - رؤية محل العقد ، والرضا به ، صراحة أو دلالة .

أما صراحة ، فكقوله : رضيت بالعقد ، أو أجزته .

وأما دلالة فكتصرفه في المحل الى الغير . ، يدل على رضاه ،
بمحل العقد ، أو تصرفه ماديا فيه ، بأن كان سيارة فساخر فيها ، أو منزلا
فسكنه ، أو أرضا فزرعها ، على أن تصرف المشتري في محل
العقد يعد رؤيته ، للغير ، تصرفا شرعيا قلا للملك يسقط الخيار
سواء أكان هذا التصرف يوجب للغير حقا لازما ، كالبيع والرهن
والاجارة ، والهبة اذا تم فيها القبض ، أم كان لا يوجب للغير
حقا كالبيع بشرط الخيار ، لنفسه ، أو عرض محل العقد للبيع للمساومة
أو الهبة قبل القبض .

هذا اذا كان التصرف بعد الرؤية ، فانه يسقط الخيار مطلقا .
أما اذا كان قبلها ، فلا يسقط الخيار الا اذا كان يوجب للغير حقا
لازما ، ذلك لان الحق اللازم ، يمنع الفسخ ، رعاية للحق المكتسب
بالنسبة للغير ، واذا امتنع الفسخ ، لزم البيع ، بطلان الخيار
ضرورة ، أما ان كان التصرف لا يوجب حقا للغير ، فلا يسقط خيار
الرؤية ، لانه لو سقط ، لكان سقوطه باعتبار دلالة هذا التصرف على
الرضا ، ومعلوم ، أن صريح القرضا لا يبطل الخيار قبل الرؤية
فدلالة الرضا لا تسقطه من باب أولى (١) .

٢ - تعذر رد المعقود عليه ، بهلاكه هلاكا كلياً أو جزئياً ، قبل اختيار

(١) - فتح القدير - حه - ص ١٣٧ وما يليها .

المشتري ، ذلك ، لان الهلاك الكلي ، يعدم المحل ، فيمتنع الرد ، فيسقط الخيار ، ويلتزم العقد .

وأما الهلاك الجزئي ، فيفرق الصفقة على البائع ، برد البعض دون البعض ، وهذا اضرباء ، ولا يجوز ، فيسقط الخيار لذلك .
وفي معنى الهلاك ، تغيره تغيرا يخرججه عن الصفقة التي كان عليها وقت التعاقد .

٣ - تخيب محل العقد في يد المشتري ، أو المخلوك ، يسقط حقه فيسي الرد ، اذ يمتنع عليه أن يرد معيبا بعد أن استلمه سليما ، فيسقط الخيار لذلك .

٤ - موت من له الخيار ، لان خيار الرؤية ، مجرد رغبة ومشيقة ، كخيار الشرط ، لا يورث ، سواء أكان موته قبل الرؤية أم بعدها ، فيبطل خياره بموته .

٥ - زيادة محل العقد زيادة متصلة غير متولدة عنه ، على النحو الذي بينا في خيار الشرط .

الفرع الثالث

خيار العيب

يقصد بالعيب في اصطلاح الفقهاء ، ما يوجب نقصانا في القيمة عند أهل الخبرة (١) .

تعريف خيار العيب اصطلاحا :

هو الحق الثابت شرعا ، للمتلئك ، في فسخ العقد أو اءضاءه اذا ظهر في محل العقد المعين بالءاءات ، عيب كان موجودا عند التعاقد أو التسليم ، ولم يكن قد اطلع عليه وقت ذلك ، منسبا يوجب نقضا معتدا به في مالمته عند أهل الخبرة ، أو فوات غرضنا صحيحا لديه (٢) .

سبب خيار العيب :

ان سبب هذا الخيار هو ظهور عيب في محل العقد ، ما يتضرر به المتلئك ، لنقصان في مالمته في نظر أهل الخبرة ، أو فوات شرط السلامة مشروعية خيار العيب :

عقود المعاوضات المالية اذا كان محلها عينا معينة بالءاءات ، تنطوى على شرط ضمني - هو " السلامة " من العيب ، لان ارادة التعاقد المتلئك قد اتجهت قطعاً الى ذلك ، وان لم يصرء بها ، بل هذا هو المتعارف بين الناس ، ان لا يقصد أحد الى تملك شي " معيب " ، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، حتى اذا فات هذا الشرط ، بظهور العيب ، فقد اءتل (١) - الفتاوى الانقروية - ج ١ - ص ٦٣ - ص ٦٤ - البءائع - ج ٥ - ص ٣٦٢ المراجع السابقة .

والعيب في اللغة : ما تخلو عنه الفطرة السليمة - المصباح المنير .

الرضا ، وهذا يجعل العقد غير لازم في حق من اختل رضاه ، لان الرضا الكامل شرط في صحة العقد ، ولذا قرر الفقهاء أن كل عقد معاوضة مالية - مشروط بالسلامة ضمنا أو دلالة .

على أن هذا الخيار ثابت بالأدلة الشرعية النصية منها :
قوله - صلى الله عليه وسلم - " لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا وفيه عيب ، الا بينه له " وقوله - صلى الله عليه وسلم - " من غشنا فليس منا " وكتمان العيب غش ، وهذا يفيد التحريم (١) .

وأيا ، قوله - عليه الصلاة والسلام : " من اشترى شاة بصرة ، فهو بخير النظرين ، ان شاء أمسك ، وان شاء رد ، ورد معها صاعا من تمر " وثمة أحاديث كثيرة في هذا المعنى وان اختلفت لفظا ، ولا سبيل الى حماية التعاقد المضور بسبب ظهور العيب ، الا منحه حق الفسخ ، حماية له لاختلال رضاه .

هذا ، وانما اختل رضاه بظهور عيب يوجب نقبا في مالية المحلل لان مقصود المتعاقدين في المعاولات المالية ، تحقيق مقاربة التساوي بين البديلين ، والنقص في المالية ينافي هذا القصد بداهة ، ويلحق الضرر بالمتملك ، فضلا عن احتمال فوات غرضه الصحيح منه .

شروط خيار العيب :

- ١ - أن يكون العيب قائما بالمحل عند التعاقد ، أو قبل التسليم ، فيكون في ضمان البائع أو المملك ومسئوليته ، بخلاف ما لو حدث بعد التسليم فيكون في ضمان المشتري ومسئوليته ، لحدوثه في ملكه وحوزته ، فلم يكن

له حق في رده ، لانه طارىء لا قديم ، ولان الممتلك قد استلم المعقود عليه سليما ، فصح العقد ، ولزم ، لتوفر شرط السلامة .

٢ - أن يبقى العيب قائما في المعقود عليه الى وقت الفسخ ، حتى اذا زال قبل ذلك ، لم يكن ثمة مصلحة له في فسخه ، فلا يجوز ، لعدم تحقق مناط حكم الفسخ .

٣ - ألا يكون الممتلك قد اشترط الجزاء من عيب معين ، أو من عيوب معينة أو من العيوب مطلقا ، مما كان موجودا في المعقود عليه قبل القبض حتى اذا ظهر عيب من ذلك ، فلا يكون له الرد ، ان باشتراطه البراءة تبين أنه رضي بالعيب ، فلا اختلال لرضاه ، فينتفي الخيار بانتفاء سببه .

٤ - ألا يكون الممتلك قد اطلع على العيب وقت التعاقد أو قبل القبض حتى اذا كان عالما به عند ذلك ثم أقدم على التعاقد ، كان ذلك أمانة على رضاه به متعيبا ، ولا خيار مع سلامة الرضا عند التسلم .

٥ - أن يكون العيب مما ينقص من مالية المعقود عليه ، أو يفوت غرضا صحيحا للممتلك ، عند أهل الخبرة (١)

مجال خيار العيب :

يتحدد مجال خيار العيب ، باعتباره يوجب نقضا في مالية المعقود عليه ورده الى المملك ، بعقود المعاوضات المالية التي محلها عين معينة بالذات (من القيمات) ان هي التي يتأتى فيها الرد ، ذلك أن البائع ملزم

(١) - لم تمكن من التوسع في بحث الخيارات أكثر من ذلك لمحدودية

الصفحات المقررة في القوانين واللوائح الجامعية .

البدائع - ج ٧ - ص ٣١٨ - ص ٣٢٧ -

فتح القدير - ج ٥ - ص ١٨٢ - ص ١٨٣ .

بتسليم عين معينة بذاتها دون غيرها ، فاذا ظهر فيها عيب ، كان للمتعلم
أن يرد هذه العين ، ويفسخ العقد ، بخلاف ما اذا كان المحل من
" المثليات " التي تثبت أوصافا في الذمة ، ان لا يلزم البائع مثلا بتسليم
عين معينة منها ، بل من مثلها ، مما يتحقق فيه الوصف ، فاذا انتفى
الوصف ، انتفى المحل وصفا ، وللمشتري أن يرفض الاستلام
ابتداءً ، ان ليس هو الذي تم التعاقد عليه .

فتلخص أن مجاله عقود المعاوضات المالية التي محالها أعيان مشخصة
معينة بالذات ، من مثل عقد البيع ، وعقد الاجارة اذا كان محلها دارا معينة
للسكنى مثلا ، وعقد القسمة اذا كان المقسوم فيه قيميا ، وعقد الصلح اذا كان
البذل عينا مشخصة ، وعقد المقايضة التي يكون فيها البدلان ، المبيع
والثمن ، من الاعيان المعينة بالذات ، كعقار أرض بسيارة مثلا ، فهذه
يتصور فيها خيار العيب .

حكم العقد مع خيار العيب :

يظهر أثر العيب في لزوم العقد ، فيكون غير لازم ، ولكنه لا يؤول
على نفاذه ، فتترتب آثاره عليه ، بالعقد نفسه كما لو كان لازما .
ان لا أثر للزوم وعدمه على النفاذ ، وعلى هذا ، فالعقد الذي ظهر
عيب في محله ، عقد صحيح نافذ ، ولكنه غير لازم بالنسبة للمتعلم
الذي كان للعيب أثر في اختلال رضاه ، دون المالك . ان العقد
لازم في حق هذا الاخير ، منذ انشائه ، لسلامة رضاه .
هذا ، وعدم اللزوم يورث التملك الذي اختل رضاه ، الخياريين

أمرين :

أولهما : فسخ العقد ورد محله المعيب الى صاحبه فيبطل العقد ، ويصبح

كأن لم يكن ، واسترداد العوضان كان قد دفعه الى الطرف الآخر
ما لم يمنع من الرد مانع من العوانع التي يتعذر معها الرد ، فيسقط الخيار
ويلزم العقد ، وسنأتي على ذكرها .

الثاني : امساك الممتلك المعقود عليه ، ورضاه به بكل ثمنه ، صراحة أو
دلالة ، على الرغم من قيام المعيب فيه ، ويصبح العقد حينئذ لازما
في حقه كما هو لازم في جانب الملك منذ انشاؤه .
هذا ، ولا خيار للممتلك في هذه الحال ، بين امساك المعقود
عليه المعيب ، وبين نقصان الثمن ، بقدر ما نقص من قيمته ، أثرا للمعيب
فيه ، لان العيب وصف تابع للمعقود عليه ، لا يقابله شيء من الثمن ما لم
يرض المملك من تلقاء نفسه بدفع قيمة النقص في نظير عدم رد المعقود عليه
المعيب ، فانه يجوز ، ويعتبر ذلك حطا من الثمن بمحض رضاه
وهو جائز مشروع (١) .

وهذا مذهب الحنفية ، خلافا للحنابلة الذين ذهبوا الى أن للممتلك
الخيار بين امساك المعقود عليه المعيب ، والرجوع بالنقص على المملك ، الزاما
وقضاء ، فيقوم المحل سليما ، ثم يقوم معيبا ، والفرق بينهما ، يسمى نقصا
أو أرشا ، فيحط من الثمن بقدره ، شاء المملك أم لم يشأ (٢) ، وهو الاصح .
هل يتوقف فسخ العقد بالمعيب ، على رضا الطرف الاخر أو على حكم القاضي :

يُفرق في حكم هذه المسألة بين حالين :
الاولى : قبل تسليم المعقود عليه المعيب ، فلا يتوقف الفسخ على رضا ولا قضاء
بـه .

-
- (١) - مجمع الانهر - ج ٢ - ص ٥٢ . فتح الوهاب شرح نهج الطبس لاب
ج ١ - ص ١٧٢ .
(٢) - الاقناع - ج ٢ - ص ٩٦ - ص ٩٩ .

الثانية : بعد تسليم المحل المعيب ، فلا بد من الرضاء أو القضاء بالفسخ
ذلك ، لان المتملك يدعى فوات شرط السلامة ، وقد ينازعه الطرف
الاخر في ذلك .

هذا ، ويشترط في نفاذ حكم الفسخ ، علم الطرف الاخر به .
الاسباب التي تمنع الرد بخيار العيب ، وتسقط الخيار .

- ١ - الرضاء بالمعيب بعد العلم به ، صراحة أو دلالة .
- ٢ - اسقاط الخيار صراحة ، كأن يقول أسقطت حقي في الخيار ، أو دلالة
بأن يرى الطرف الآخر من العيب .
- ولا حق للمتملك في الرجوع بالنقصان في هاتين الحالتين عند الحنفية
خلافًا للحنابلة ، كما قدمنا .
- ٣ - هلاك المحل كلياً أو جزئياً ، لتعذر الرد ، أما في الاول ، فلان المحل
معدوم ، واما في الثاني ، فلتفرق الصفة على الطرف الآخر .
- ٤ - تعيب المعقود عليه بعيب جديد في يد المتملك بعد قبضه فضلاً عن
العيب القديم ، ان يتعذر في هذه الحال ، رد المعقود عليه ، على الحال
التي كان عليها وقت التعاقد ، فيسقط الخيار ، ويلزم العقد ،
ولكن للمتملك الرجوع بما يقابل النقصان ، أثراً للعيب القديم
على الطرف الآخر ، سواء أكان حدوث العيب الجديد ، بأقضية
سماوية ، أم بفعل اجنبي وكذلك اذا كان بفعل المتملك (١) ، لان
الطرف الاخر لا يجبر على قبول الرد بالعيوب الجديدة .
- ٥ - زيارة محل العقد زيارة متصلة غير متولدة من الاصل ، كزراعة الارض ،

(١) - غير انه اذا حصل الهلاك أو التعيب بفعله قبل اطلاعه على العيب
كان له الرجوع بالنقصان .

أو غرسها ، وكهزل القطن ، أو ترحيم الدار ، وكذلك إذا كانت الزيادة
سفلة متولدة عن الأصل ، كالشمر ، وولد الحيوان ، فإنها تمنع الرد ،
بسبب هذه الزيادة ، غير أن للمتملك في الحالين الرجوع على الطرف
الآخر ، بالنقضان .

وتعليل ذلك في الحالة الأولى ، أن في رد المعقود عليه إلى مالكه
مع الزيادة المتصلة ، دون مقابل ، شبهة الربا .

وفي الحالة الثانية ، لو رد المعقود عليه ، دون الزيادة ، لتملكها
الطرف الآخر دون مقابل ، ولو ردت مع الزيادة لملكها مالك العين دون مقابل
أيضا ، وفي الحالين شبهة الربا ، فاستنع الرد لذلك ، ولزم العقد .

وامتناع الرد في هذه الأحوال للأسباب التي ذكرنا ، معناه سقوط
الخيار ، ولزوم العقد .

هل يسقط خيار العيب بموت صاحبه ؟

لا يسقط ، بل يورث ، ويقوم الوارث مقام مورثه . ، في هذا التحقيق
فإن شاء فسخ العقد ، ورد المعقود عليه إلى مالكه ، واسترد البندل
تبيطل العقد ، وإن شاء أمسك المعقود عليه المعيب ، ورضي به ، بكل
الشن ، أو مع الرجوع بالنقضان في بعض الحالات التي أشرنا إليها ، فيلزم
العقد في حقه ، وتعليل ذلك ، أن هذا حق مالي وليس مجرد رغبة
ومشيئة ، لأن سلامة المعقود عليه من العيب ، أمر يتصل بماليته ، وأوقيته
المالية ، من حيث الكمال والنقص ، والوارث يخلص من مورثه فسي
حقوقه المالية أجماعا .

البحث الرابع

خيار التعيين

التعريف به :

هو حق للمالك - كالمشتري - يثبت في العقد الذي محله واحد غير معلوم من شيئين أو ثلاثة معلومة ، باشتراطه فيه صراحة بحيث يكون له بمقتضاه سلطة في أن يختار واحدا منها ، ليصبح معلوما بعد أن كان مجهولا .

واضح من هذا التعريف ، أن " خيار التعيين " ثابت استثنائا من القياس العام في العقود والذي يقضي بوجوب أن يكون محل العقد معينا معلوما كشرط للانعقاد ، يبطل العقد بفواته ، كما بينا ، وهذا ما ذهب اليه الحنفية والمالكية ، مستندين في هذا الاستحسان إلى الحاجة والعرف ، مما ينهض بحكمة تشريعية .

ووجه الحاجة ، أن الإنسان قد يفتقر في البياعات إلى التتوي واستشارة أهل الخبرة ، لما يلتبس عليه اختيار الاوفق والارفق (١) من أشياء متفاوتة الصفة والثلث ، أو يكون ممن لا يستطرق الاسواق ، ولا يتردد عليها عادة ، لقلة خبرته ، أو ضيق وقته ، فيرسل نائبا عنه يتولى شراء حاجاته ، فتتمس الحاجة إلى استطلاع رأى أهل الخبرة أو رأى هذا الاصيل فيما يرغب في شرائه من أمور متعددة مختلفة الصفة والميزات ، فخشية أن تفوت الصفقة ، شرع حق التعيين هذا اجتهدا ، سدا للحاجة الماسة إلى ذلك ، وهذا الخيار يلتقي مع خيار الشرط من حيث حكمة التشريع التي تقوم على الحاجة إلى التروي والاستعانة بأهل

(١) - رد المحتار - ج ٤ - ص ٥٨٥ - ابن عابدين .

الخبرة ، وحكمة التشريع هي قوام روح الشرع ، ومقصد المشرع .

مشروعية خيار التعيين :

لم يرد في خيار التعيين نص خاص ، كما ورد في خيار الشرط وخيار الرؤية مثلا ، وإنما تقوم مشروعيته ، على أساس التيسير ودفع الحرج في التعامل ، وهو مصلحة حاجية تصلح مبنى للحكم الشرعي إذا لم يرد في الشرع ما يلغئها أو ينافيها ، حتى إذا أضفنا الى ذلك " العرف " تأيد أصل المشروعية به ، ما دام لا يعارضه في الشرع دليل اقوى وخاص في موضوعه ، وكل ما لم يرد فيه نص في العقود والتصرفات يصار فيه الى العرف . هذا ، وتلمح في استدلال الحنفية على مشروعيته ابتناء على القياس على خيار الشرط ، لوحدة المصلحة أو المناط الذي هو سند الاستحسان من القياس العام ، كما أشرنا ، والاستحسان حجة فسي الاستنباط فيما لا نص فيه على الاضح ، فضلا عن القياس الخاص .

وعلى هذا ، فالأساس الفقهي لهذا الخيار ، القياس الخاص على خيار الشرط ، أو الاستحسان القائم على العرف .

ونذهب الشافعية والحنابلة الى عدم مشروعية خيار التعيين ، استدلالا منهم بالقياس العام ، ان من شروط الانعقاد ان يكون محل العقد معلوما وقت التعاقد ، لان الجهالة تبطله ، وخيار التعيين يرد في عقد محله واحد غير معين وقت التعاقد ، فلم يصح لذلك

ولكن يتجه على هذا النظر ، ان محل العقد وان كان مجهولا في هذه الحال عند التعاقد ، فتمة معينة ، للتروى ، وتحقيقا للرضا الكامل ، وتحصيلا للمصلحة ودفع الحرج ، غير ان ماله " التعيين "

(١) - المغني - ج ٤ - ص ١١٨ - ابن قدامة - نهاية المحتاج - ج ٣ - ص ٩٤ .

بعد ذلك وهذا لا يضر ، نظرا لما يترتب عليه من مصلحة جديدة مشروعنة عامة وراجعة ، بدليل جريان العرف بذلك ، والعرف في التعامل معتبر اذا لم يصادف دليل خاص بموضوعه في الشرع وأقوى منه ينفيه ، ولم يوجد نعم ورد في الشرع النهي عن الفرر للجهالة ، ولكن هذه الجهالة بوقوعه ويسيرة غير فاحشة ، ولا تفضي الى النزاع عادة ، فلا تندرج في حكم النهي لا لنفاه الفرر .

هذا ، ووحدة المناط أو المصلحة بين هذا الخيار وغير الشرط بينة ، تؤيد مشروعيته بالقياس الاصولي الخاص ، وهو حجة عند الاثمنة الاربعة ، كما تعلم .

صورة خيار التعيين :

وتوضيحا لمضمون خيار التعيين ، أن يقول البائع للمشتري ، بعثك هذه السيارات الثلاث ، الاولى بمبلغ كذا ، والثانية بكذا ، والثالثة بكذا على أن تختار أيها شئت . في غضون ثلاثة أيام ، على رأى الامام ، أو في غضون شهر مثلا ، على رأى صاحبين ، والمالكية ، وقبل المشتري ، صح العقد والشرط ، ويكون المبيع واحدا لا بعينه ، من هذه السيارات الثلاث المعنية ، ذاتا ووصفا وثنا ، والمتفاوتة جودة ورواءة ، حتى اذا استلمها المشتري ، كانت احداها لا بعينها ، مبيعة ومضمونة ، ويتعين ملكه فيها ، والاخرى امانة في يد المشتري ، لانه استلمها باذن مالكة لا على وجه التملك ، فاذا اختار احداها في المدة المعنية ويشتمها المحدد لها ، تعينت محلا للعقد ولزم ، ان باختياره هذا يتحقق شرط الانعقاد ، وهو العلم بمحل العقد كمالا (١) .

(١) رد المحتار - ج ٤ - ص ٥٨٥ وما يليها - ابن عابدين - فتح القدير ج ٥ - ص ١٣٨ - ص ١٤١ - تبين الحقائق - ج ٤ - ص ٢١ وما يليها المبسوط - ج ١٣ - ص ٥٤ .

العقود التي يجرى فيها خيار التعيين :

لا يجرى هذا الخيار الا في عقود المعاوضات المالية التي تنقل الملك في الاعيان المعينة بالذات كالبيع ، وما في معناه ، فتحدد نطاقه بذلك ، لشبوه استحسانا وعلى خلاف القياس فلا يتوسع فيه .

وعلى هذا ، لا يجرى هذا الخيار في المعاوضات التي محلها والمنافع ، ولا في عقود التبرع . هذا ، ولا يثبت الا للمتلصك كالمشتري ، لتحقيق حكمة التشريع فيه وحده ، دون الملتصك كالبائع ، لان حكمة التشريع ، أساس مشروعيتها ، كما علمت حتى اذا انتفت ، كما هو الشأن في البائع ، انتفت مشروعيتها وعاد الى الاصل للعام الذي يقضي ببطلان العقد ، لجهالة محله وقت التعاقد .

وانما تنتفي حكمة التشريع في هذا الخيار بالنسبة للبائع أو من في معناه من قبل أن الاعيان التي يريد بيعها قائمة في يده ، ويمكنه أن يتروى فيما يختار بيعه قبل الاقدام على البيع ، بخلاف المشتري .

على أن ثمة اجتهادا عند الحنفية في صحة هذا الخيار بالنسبة للبائع أيضا ، قياسا على المشتري (١) ، وهو ضعيف ، ان الحاجة الى ذلك بالنسبة للبائع ، نادرة ، فلا تقوى على مخالفة القياس العام من وجوب التعيين وقت التعاقد ، لضعف المصلحة ومحدوديتها . هذا ، ودليل ندرتها عدم جريان العرف بها .

(١) - فتح القدير - ج ٥ - ص ١٣١ وما يليها ، - نهاية المحتاج ج ٣ - ص ٩٣ - تبين الحقائق - ج ٤ - ص ٢١ .
الخطاب - ج ٤ - ص ٤٢٣ - ص ٤٢٥ .

شروط خيار التعيين :

تتوقف صحة خيار التعيين على الشروط الآتية :

أولا : ألا يزيد عدد الأشياء المعينة التي يجرى الخيار بينها عن ثلاثة لأنها تشتمل على الجيد والوسط والردى ، ولا حاجة لجريانه في أكثر من ذلك ، لأن هذا الخيار ثبت للضرورة ، والضرورة تقدر بقدرها .

ثانيا : أن يحدد ثمن كل منها على حدة ، نفيا للجهالة في الثمن المفضية إلى النزاع المحرم .

ثالثا : أن تكون هذه الأشياء الثلاثة المعينة متفاوتة في الصفة من الجودة والرداءة ، وهذا يستلزم التفاوت في الثمن كذلك لأن اشتراط هذا التفاوت ، ما تقتضيه طبيعة الخيار ، إذ لو كانت متساوية في ذلك ، لما كان لهذا الخيار معنى ، ولا موضوع بل ولما دعت الحاجة التي هي أساس مشروعيتها إلى ذلك .

رابعا : أن تحدد المدة التي ينبغي أن يجرى الخيار خلالها ، وأن يختلف الحنفية في مداها ، نابو حنيفة يحددها بثلاثة أيام اعتبارا بخيار الشرط ، بينما الصاحبان يتركان التحديد لاتفاق المتعاقدين ، طالبت المدة أم قصرت .

أما المالك ، فتختلف المدة عندهم تبعا لاختلاف طبيعة محل العقد على النحو الذي رأينا في مدة خيار الشرط ، في اجتهادهم . هذا ، والقول بعدم التحديد فيه ضرر بالبائع من غير مستوف يوجب ، والضرر منفي في الشرع ، فوجب التحديد .

حكم العقد مع خيار التعيين :

اختلف الفقهاء في حكم العقد مع هذا الخيار :

فذهب فريق منهم الى أن أثر خيار التعيين ينصب على لزوم العقد فيجعله غير لازم ، فيكون لمن يملك هذا الخيار ، أن يضيي العقد ، بأن يختار واحدا منها ، أو ينقضه ويفسخه ، ويرد الاشياء المخير فيها جميعا الى صاحبها .

والفسخ هنا ، لا يتوقف على قضاء القاضي ، ولا على رضا الطرف الآخر .

على أن هذا الفريق قد وقع الاختلاف بينهم أيضا ، فبعضهم يرى أن عدم اللزوم هو أثر متحفظ لخيار التعيين ، ومن ثم لا يشترط اقترانه بخيار الشرط ولا هو متضمن له ، بينما يرى الآخر ، أن عدم اللزوم ليس أثرا متحفظا لخيار التعيين ، بل هو أثر لخيار الشرط الذي تضمنه هذا الخيار (١) .

هذا ، وشمة فريق ثان يرى أن العقد لازم ، ولا أثر لهذا الخيار على لزومه ، فلا يملك المشتري بالتالي أن يفسخ العقد ، ويرد الاشياء الثلاثة المخير فيها على صاحبها ، وإنما ينحصر أثره في التعيين ففقط فيجبر على الاختيار .

وعلى هذا ، فالعقد نافذ لازم ، في حق المشتري ، على الرغم من قيام هذا الخيار وإنما أثره في وجوب أن يختار واحدا منها ، محلا للعقد لئلا يميز عن غيره ، فيصبح متعينا معلوما ، ويتعين ملكه فيه وتزول بذلك هذه الجهالة اليسيرة (٢) الموقوتة .

(١) - فتح القدير - ج ٥ - ص ١٣٠ - تبين الحقائق - ج ٤ - ص ٢١

المبسوط - ج ١٣ - ص ٥٤ - نهاية المحتاج - ج ٣ - ص ٩٤

البدائع - ج ٥ - ص ٢٧٤

(٢) - المراجع السابقة .

أما بالنسبة للمالك كالبائع فالعقد لازم في حقه اتفاقا .
وعلى أى حال ، فإن خيار التعيين ، لا أثر له على نفاذ العقد
بالاتفاق ، فالعقد معه صحيح نافذ ، تترتب آثاره عليه ، من انتقال
الملك في واحد لا بعينه ، ولكنه ملك غير لازم عند جمهور الحنفية ، أشدرا
لخيار التعيين ، حتى إذا مارسه صاحبه ، بأن اختار واحدا
منها ، تعين هذا الذى اختاره محلا للعقد مضمونا ، وانصب
حق الملك فيه بعينه ، وعليه ثمنه المحدد له ، وأما إذا كان
المراد بالملك ملكا لا يملكه ، ولا يملكه غيره ، لا
استلما بان ملكها لا على وجه التطبيق ، بل على وجه الاستلما

حكم انقضاء مدة خيار التعيين دون ممارسته :

ذهب الحنفية الى أن انقضاء مدة خيار التعيين دون ممارسته
يوجب لزوم (٢) العقد ، فلا يملك صاحبه نقض العقد بعدئذ ، بل يلزمه
تعيين أو اختيار أحد الاشياء ، المخير فيها ، تمييزا له عن ملك غيره .
ونذهب المالكية ، الى أن انقضاء المدة دون ممارسة هذا الخيار
يوجب نقض العقد من أساسه ، فيجب على صاحبه أن يرد الاشياء
التي كان مخيرا فيها الى مالكيها جميعا ، وتسقط حقه في الخيار

(١) - البدائع - ح ٥ - ص ٢٦١ وما يليها .

(٢) - وهذا على رأى القائلين بأن أثر خيار التعيين هو عدم اللزوم
ولا يتأتى على رأى من ذهب الى أن العقد لازم ، ولا أثر لخيار
التعيين على هذا اللزوم .

الخطاب - ح ٤ - ص ٤٢٥ .

ضرورة ، لان نقض العقد يتضمن نقض كافة ما كان من مشتملاته .
ونرى أن الرأي الأول هو الراجح ، منعاً من الاضرار بالبائع ، ان قصد
تفوت الفرصة عليه في صفقة اخرى ، بأن يبيعها من غيره ، ولا سيما اذا
لاحظنا أن المالك لا يرون تحديد مدة خيار التعيين بفترة زمنية
وجيزة ، بل يتركون ذلك لما تقتضيه طبيعة محل العقد ، وقد يكون من
الفائس ذوات الاثمان ، كالسيارات مثلاً ما يتطلب وقتاً طويلاً لاستشارة
أهل الخبرة ، لان خيار التعيين يجرى في ذوات القيم الطائلة غالباً
ومن هنا نجمت حكمة مشروعيتها ، والا فان التافه اليسير القيمة لا يستوجب
مثل هذا الخيار عادة ، للتروى ، واستطلاع رأى أهل الخبرة .

واذا كان اهمال من له الخيار في ممارسته خلال المدة المعينة ، والكافية
من شأنه الاضرار بالبائع ، فمن البدهي ، أن خيار التعيين لم يشترع
أصلاً ليكون وسيلة للاضرار بأى من طرفي العقد ، ولا ريب أن التفسير
أو الاهمال الذى ينتج عنه ضرر بالغير ينبغي ألا يعفى صاحبه من
المسؤولية ، لانه ضرب من التعسف في استعمال الحق على وجه سلبي
وهو ممنوع ومحرم شرعاً ، لذا نرى أن على المقصر تبعة تقصيره ، وخسیره
جزاءً على ذلك ، هو الزام بالعقد ، ووجوب تعيين المعقود عليه
دفعاً للمضرر عن البائع ، وهو ما انتهى اليه اجتهاء جمهور الحنفية .
ما يسقط به خيار التعيين :

يسقط هذا الخيار بأحد الامور التالية :
أولاً : اختيار المتك كالمشتري ، أحد الامور المخير بينها صراحة
أو دلالة .
أما صراحة فكان يقول اخترت أو قبلت أو رضيت هذا الشيء .

وأما دلالة ، فكان يتصرف في احدها تصرف المالك قوليا ، فيخرجه
عن ملكه ، ببيع ، أو يرتب عليه حقا للغير يتعارض مع حق المالك
كالرهن والاجارة .

أو يتصرف فيه تصرفا فعليا ماديا ، كأن يكون منزلا فيسكنه ، أو سيارة
فيسافر فيها ، فيتعين ما اختاره محلا للعقد ، ويلزم ، كما يتعين ملكه فيه
وعليه ثمنه المحدد في العقد ، ويسقط بذلك حق الخيار ، ويرد الباقي
الى مالكه .

ثانيا : هلاك أحد الأمور المخير بينهما ، بعد القبض ، عند التملك
كالمشترى ، فيتعين الهالك محلا للعقد ، وعليه ثمنه ، ويسقط
الخيار ، ولأنه في ضمانه .

وهذا بخلاف ما اذا كان مخيرا بين اثنين مثلا ، فهلك احدهما
في يد المالك كالبائع ، قبل تحليمه ، فان للمشتري خيار الوصف ، لا خيار
التعيين ، لسقوطه ضرورة ، ان لم يبق له محل ، فهلاك أحدهما تعين
الاخر محلا للعقد ، وبالنظر لفوات الوصف في العقود عليه ، ان كسبان
واحد لا يعينه ، فاصبح واحدا يعينه ، يثبت للمشتري الخيار
في أن يأخذه بثمنه ، أو يردّه ، وبذلك يسقط خيار التعيين فسي
هذا الحال ، ضرورة ولزوما ، لا قصدا واختيارا (١) .

ثالثا : تنقيب أحدهما ، لان التعيب في حكم الهلاك الجزئي ، فيتعذر
رده على الصفة التي كان عليها وقت التعاقد ، فيتعين هذا محلا

- البدائع - ج ٥ - ص ٢٦١ - ص ٢٦٢ .

(١) البدائع - ج ٥ - ص ٢٦١ - ص ٢٦٢ .

للعقد ضرورة لا اختيارا ، ويرد الباقي الى صاحبه ، لانه امانة
في يده ، كما أسلفنا ، وذلك ينتهي هذا الخيار في هذه الحال .
رابعا : مضي المدة المعينة في العقد ، يسقط هذا الخيار ، فيلزم
العقد (١) على الراجح .

ورثة خيار التعيين :

لا ينتهي خيار التعيين بموت صاحبه ، بل يورث (٢) ، ولكن
يصبح العقد لازما في حق الورثة ، بعد أن كان غير لازم في حق مورثهم
وهو ما أشار اليه الكاساتي (٣) .

وتعليل ذلك ، أن هذا حق يتعلق بالملك الثابت للمورث ، والوارث
يخلفه فيه ، فكان عليه تعيينه ، ليمتيز عن ملك غيره ، وهذا يختلف عن
خيار الشرط الذي هو مجرد رغبة وشيئة .

والفارق بين المورث والوارث في هذا الحق ، أن العقد بالنسبة
للمورث غير لازم ، فله أن ينقض العقد ويرد الاشياء جميعا الى صاحبه
بخلاف الوارث ، فان العقد يلزم في حقه بموت مورثه ، فلا يملك

(١) - البدائع - ج ٥ - ص ٢٦١ - ص ٢٦٢ .

(٢) - المرجع السابق .

(٣) - اذ يقول - رحمه الله - : " ولا يبطل هذا الخيار بموت المشتري
بل يورث ، بخلاف خيار الشرط ، لان خيار التعيين انما يثبت
للمورث لثبوت الملك له في احدهما غير عين ، وقد قام الوارث مقامه
في ذلك الملك ، فله أن يختار أيهما شاء دون الآخر ، الا انفسه
ليس له أن يردهما جميعا ، وقد كان للمورث ذلك " .
البدائع - ج ٥ - ص ٢٦٢ .

نقض العقد ، ورها جميعا ، بل يجب عليه تعيين محل العقد ، ليتعين ملكه فيه .

هذا ، ويمكن تفسير لزوم العقد بالنسبة للوارث ، أيضا ، بأن خيار التعيين يتضمن خيار الشرط ، عند جمهور الحنفية ، فكان - في الواقع - خيارين ، وبالموت يسقط خيار الشرط ، لأنه لا يورث عندهم ، فيلزم (٢٠١) العقد ، ويبقى خيار التعيين ، في حق الوارث ، واجبا ، مسح لزوم العقد ، فعليه أن يختار احدها ، محلا للعقد ، وليتعيين ملكه فيه ، فيتميز عن ملك غيره ، وليس له نقض العقد ، وردها جميعا ، لما قد منا ، من لزوم العقد في حقه (١) .

الفصل السادس

عيوب الرضا (١)

الايحاء والغفل - كما أشرنا - مظهر للرضا النفسي لكل من العاقدين ومطلبة غيائه ، فان تحقق توافقهما ، دل ذلك على أنهما تعبير واضح عن الرغبة الحقيقية لكل منهما ، وافصح سبيل عن قصديهما ، كلا ، دون مكرر ، أو خلل ، وهذا هو التراضي الحقيقي أساس التعاقد الصحيح المنتج .

غير أن الرضا بالنسبة إلى أحد العاقدين ، قد يقوم على أساس وهمي غير حقيقي ، من الغلط ، أو التدليس والتفجير ، أو الغبن الفاحش . حتى إذا أدرك العاقد عدم التطابق بين ما كان يتصوره في ذهنه حين رضي بالعقد ، وبين هذا الأساس الوهمي ، ظهر له أن رضاه وان كان قائما وقت التعاقد ، لكنه ولد معيبا منذ نشوئه ، وتكوينه ، بالنظر لما اعتراه من شائبة الغلط ، أو التدليس والخداع ، أو التقدير غير الصحيح للشئ ، مما يورثه خللا .

ولا ريب أن الرضا المعيب قائم بالفعل وليس معدوما .
بطلان الرضا إذا كان عيبا (١) الرضا لا تعدد ، بل تورث خللا فحسب .
وأيضا غير كامل .

(١) - يطلق بعض الفقهاء على عيوب الرضا ، شوائب الإرادة ، أو عيوب العند ، ويقصد بكل أولئك ما يختل به الرضا ، من توهم تلقائي الغلط ، أو إيهام وخداع من الغير ، كالتدليس أو التفجير عند تكوينه ، أن وقت التعاقد ، فيولد الرضا معيبا .
منه معيبا أيضا .

وانما محل النزاع في معيار اليسير والفاحش من الغبن ، فيما لم تعرف قيمته الحقيقية ، فيحتاج حينئذ الى التقويم .

هذا ، والفقهاء لم تتفق كلمتهم في تجديد هذا المعيار ، ان لم يرد في الشرع دليل خاص ينهض بتحديد .

فذهب الحنابلة والشافعية ، الى تحكيم العرف العادة في تحديد معيار كل منهما ، ما دام لم يرد من الشارع دليل خاص بهذا التحديد فقالوا ، ان اليسير هو ما يتغابن الناس في ان يبيعوا به ما يملكونه ، او تراهم يتسامحون في هذا النوع من الغبن ، أو يجدون مشقة فسي التخلص منه في معظم معاملاتهم وعقودهم ، أو لان طبيعة التعامل نفسها ، تقتضي هذا التسامح . ذلك هو الاصل .

أما الفاحش فهو الاستثناء ، ان هو ما لا يتغابن الناس فيه عادة (١) . وذهب جمهور الحنفية ، الى أن الغبن اليسير هو ما يدخل تحت تقويم المقومين ، من أهل الخبرة والبصر بشئون البياعات في الأسواق ، وبالسلع وأشائها (١) .

والغبن الفاحش فهو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين ، زيادة

(١) - وهذه الخبرة مكتسبة من دراستهم بالصناعة ، أو الزراعة أو التجارة ، ومن كثرة ترددهم على الأسواق ، ووقوفهم على تملجات الاسعار فيها .

أو نقصا (١) .

وتفسير هذا المعيار عند جمهور الحنفية ، أن المقيمين (الخبراء) يضعون حدا أعلى ، وحدا أدنى لشن السلعة ، فاليسير هو ما كان متراوحا بينهما ، لا يتعدى أيأ منهما ، علوا أو انخفاضا ، حتى إذا جاوز الحد الأعلى ، كان غبنا فاحشا في حق المشتري وإذا تدنى عن الأدنى ، كان غبنا فاحشا ضارا بالبائع (٢) .

(١) - المغني - ج٤ - ص ٩٢ - ابن قدامة - الشرح الكبير - ج٤ - ص ٢٩٩ .

لابي الفرج - الخطاب - ج٤ - ص ٤٧١ . - البدائع - ج٦ - ص ٣٣٥ .

البحر الرائق - ج٧ - ص ١٦٩ - رد المحتار - ج٤ - ص ١٥٩ .

الفتاوى المتفرقة - ج١ - ص ٢٥٨ .

(٢) - فإذا بيعت دار (بمائة ألف) مثلا وقومها أهل الخبرة بمائة وعشرين

ألفا ، في حدها الأعلى ، وتسعمائة ألف ، في حدها الأدنى ، فالغبين

يسير ، لأن الألف فائز بينهما ، لا تتعدى أيأ منهما علوا وانخفاضا ،

بخلاف ما إذا كان تقويمها بمائة وعشرين ألفا ، في حدها الأدنى ، ومائة

وأربعين ألفا في حدها الأعلى ، فإن الغبن فاحش ، لأن الألف قد جاوزت

الحد الأدنى ، تدنيا ، فكان هذا غبنا فاحشا بالنسبة للبائع ، وكذلك

لو بيعت بمائة وخمسين ألفا ، فالغبين فاحش ، لأنه تجاوز الحد الأعلى

والمغبون هو المشتري في هذه الحال .

والمعياران عند الفريقين متقاربان - كما ترى - لان مالا يتغابهن الناس فيه عادة ، كما يرى الحنايلة والشافعية ، تحكيم لنا يستقر عليه العرف التعاملي من النسبة زيادة أو نقصا ، بناء على السير التلقائي الحر ، والخبراء يعتمدون هذا الاصل في تقديرهم لاثمان كل نوع من السلع .

غير أن الخبرة تبدو أكثر دقة في تقدير ذوات القيم الطائلة التي قوامها مواصفات دقيقة صناعية وفنية ، أو هندسية ، كما في السيارات والآلات الضخمة ، والأجهزة الكهربائية ، وكما في الابنية والعمارات فسي أيماننا هذه ، ان الخبرة العلمية المتخصصة هي التي ينبغي أن يحتكم إليها وحدها ، لتلعب دورها في هذا التقدير العادل الذي يعجز غيرهم عن ابداء الرأي فيه ، ان المفروض أن محل النزاع هو ما لا قيمة له معلومة في السوق ، أو للناس ، ليصار إلى اعتمادها معيارا سائدا (١) ، تراضى الناس طواعية على التعامل على أساسها ، كما قد منا .

هذا ، والخبرة أضحت اليوم عنصرا هاما من عناصر العدل فسي التقويم أو التسعير ، لتعقد الحياة نتيجة للتقدم العلمي والتقني في وسائل الصناعة ، والتجارة ، والزراعة ، مما يقتدر إلى التخصص العلمي الدقيق للموقوف على طبيعة خاماتها ومواصفاتها ، وتقدير

(١) - نعود فنذكر ، أن القيمة المعلومة السائدة التي تصلح معيارا عادلا تلك التي لم تكن نتيجة افتعال ، أو احتكار ، أو تواطؤ بين التجار للاستغلال أيام الازمات ، والا فان أهل الخبرة يتدخلون لتقويم السلع على أساس القيمة الحقيقية مع نسبة معينة من الربح المعقول رفعا للضرر عن العامة ، وهو واجب شرعا ، على النحو الذي رأينسا في التسعير الجبري .

أشائها التي تختلف باختلاف مصادر الصناعة في العالم ، جودة واحكامها
حماية للناس من استغلال عدم خبرتهم ، وهو معنى الاسترسال الذي
أشار اليه الفقه الحنبلي (١) .

(٢٠٨) الغبن اليسير - في اجتهاد جمهور الحنفية - أساسه الاحتمال
زيادة أو نقصا ، لا اليقين ، ومع الاحتمال لا يتحقق الغبن الفاحش
المؤثر :

يفهم من فقه جمهور الحنفية ، فيما يتعلق بتحديد هم لمعيار اليسير
والفاحش من الغبن ، أنه اذا اندرج الغبن تحت تقويم أهل الخبرة
كان غنا احتماليا ، ان ليس ثمة ما يقطع بأنه فاحش ، ولذا أسموه يسيرا
وجعلوه مفتقرا غير ذي أثر على العقد ، ان لا قطع مع قيام الاحتمال ، فيصار
الى الاصل في التبايع ، وهو الحل والجواز ، وهو ثابت لا ينقض بالاحتمال
بخلاف ما اذا تعدى ذلك التقويم في حديه الاعلى والادنى ، بأن جاوزهما
علوا أو انخفاضا ، ان يتحقق الغبن الفاحش عندئذ ، بقرينة المجاوزة هذه
(٢٠٩) أو الخروج عن المعتاد في نسبة الزيادة أو الانخفاض .

فتلخص أن الغبن الاحتمالي - في اجتهاد جمهور الحنفية - يسير
والفاحش ما كانت الزيادة فيه أو النقص ، متحققا بمجاوزة تقويم المقومين

(١) - يقول الامام احمد - رضي الله عنه - : " المسترسل هو الذي لا يحسن
أن يماكن (يفاضل) أولا يماكن اطلاقا ، فكأنه استرسل الشيء
البائع ، وركن اليه ، فأخذ ما اعطاه ، من غير مأكسة ، ولا معرفة
بغبنه " - المعني - ج ٤ - ص ٩٤ . هذا ، وقد افرد الحنابلة
للاسترسال بحثا خاصا في مصادر فقههم ، بعنوان " بيع المسترسل " .
وتبين أن مرادهم هو الجاهل بقيمة السلعة ، وعلى هذا فالناس
بالنسبة للسلع المعقدة ، أو ذوات - القيم الطائلة مسترسلون .

علوا أو انخفاضاً ، والاوّل جائز مغتفر ، عملاً بأصل الحل الثابت السّدى لا ينقض بالاحتمال ، والثاني استثناء غير جائز ، وموثر في صحة العقد (١) .
والحق أن تحديد معيار الغبن اليسير والفاحش ، اجتهدوا في جميع المذاهب .

شروط الغبن :

- يشترط ألا يكون العاقد عالماً بالغبن الواقع عليه وقت التعاقد فان كان عالماً به ، ثم أقدم على التعاقد ، وأتمه ، كان راضياً بالعقد وآثاره ، وبذلك يكون رضاه سليماً لا معيباً ، فيصح العقد ويلزم .
وذهب بعض فقهاء الظاهرية ، إلى أن الغبن الفاحش موثر بذاته سواء علم العاقد به أم لم يعلم ، لأنه محرم في ذاته ، فتجب حمايته المجهون في كل حال (٢) .

(١) - هذا ، وثمة معايير أخرى ، تعرض إلى ذكرها الإمام الكاساني بعضها نسبة ثابتة ، كنصف عشر القيمة الحقيقية به وهو ما قال به الإمام محمد بن الحسن ، ويرد عليه ، أن النسب متغيرة تبعاً لطبيعة السلع ، وبلغ اثنائها ، ومقدار رواجها ، أو قوة الحاجة إليهم .
وبعضها الآخر متفاوت ، بالنظر إلى اختلاف السلع ، ففي العروض التجارية ، نصف العشر ، وفي الحيوان العشر ، وفي العقار الخمس فإذا تجاوز ذلك كان فاحشاً - المراجع السابقة -

(٢) - المحلى - ج ٨ - ص ٤٤٢ - لابن حزم .

حكم الغبن اليسير المجرد :

الاصل العام أن الغبن اليسير ، مفتقر غير مؤثر - كما قلنا - إذ النفوس تتسامح فيه عادة ، فلا يؤثر بالتالي على سلامة رضا العاقد - فيصح العقد معه ، ويلزم .
غير أنه يستثنى من ذلك بعض العقود التي تتأثر بالغبن اليسير من مثل عقد المدين المحجور عليه بدين مستغرق ، وعقد المريض - مرض الموت ، بيعا أو شراء ، فعقد هما موقوف على اجازة صاحب الشأن فلان اجازة نفذ ، والا بطل (١) .

وتفسير ذلك ، أن تأثير الغبن اليسير استثناء من الاصل العام - في العقد المقتضى ، بأن جعلهما موقوفين غير نافذين ، انما كان حماية - لضعف الطرفين - لئلا نخلل في رضا أى من عاقيه ، فكان هذا ، في الواقع - حماية لأحد الطرفين يثبت عيوب الرضا ، فسلم الاصل العام من أن الغبن اليسير غير مؤثر .

وايضا ، حق الدائنين في الاول ، وحق الورثة في الثاني ، قد تعلق بمالية محل العقد وقيمته لا بعينه ، فكان الغبن في هذه القيمة مؤثرا ولو يسيرا ، رعاية لحقهما فيها ، والعاقد انما يتسامح في حق نفسه ، لا في حق غيره في القيمة كاملة .

- أضيف الى ذلك أن المدين بدين مستغرق ، وكذلك المريض - مرض الموت ، تصرفاتهما مظنة المحاباة ، - كما تعلم - فكان الاحتياط

(١) - راجع المادة / ٣٩٤ / المجلة - الفتاوى الانقروية - ١ - ص ٢٥٨

في اعتبار اليسير من الغبن مؤثرا ، لمكان التهمة (١) .

حكم الغبن الفاحش المجرد :

اتفق الفقهاء على أن للغبن الفاحش المجرد تأثيرا على العفـود المتعلقة بمال اليتيم ، ومال الوقف ، ومال بيت المال ، ومال المحجور عليه ، لجنون أو سفه ، بيعا أو شراء ، أو اجارة ، استثناء من الاصل العام الذي يقضي ، بأن الغبن الفاحش لا يؤثر على التصرف الا اذا صحبه تغير ، عند جمهور الفقهاء . - وتفسير ذلك ، أن ولاية الاوصياء والاولياء والقوام ، مقيدة برعاية مصلحة المولى عليهم ولذا كان الحق الذي منحوه في التصرف في أموال هؤلاء ، حقا وظيفيا لا شخصيا ، بمعنى أن المصلحة في التصرف تعود الى غير التعاقد ، وليس من المصلحة أن يكون تصرفهم بعوض فيـه غبن فاحش ولو مجردا ، فيقع العقد غير صحيح ابتداء ، وهذا قدر متفق عليه .

(٢١٣) وايضا ، اذا كانت الولاية " على هؤلاء " مغبية بالمصلحة التي هي أساس مشروعيتها ، فان ما ينقض هذا الأساس ، أن يكون التصرف منافيا لتلك المصلحة ، ذلك ، لان المقرر شرعا ، أن كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده باطل ، ولا ريب أن التصرف بغبن

(١) - والحق الفقهاء بذلك ، بيع الوصي من مال اليتيم ، لمن لا تجوز شهادته له ، كزوجته ، وابنه ، بغبن يسير ، لمكان التهمة ، كما ذكرنا ، رعاية لحق الغير ، لان التصرف تعود آثاره اليه لا الى الوصي .

فاحشر. ولو لم يصحبه تغرير ، يعود على أصل مشروعية الولاية بالنقض
لتنافيه مع المصلحة التي هي أساسها .

هذا ، وإذا كان الغبن الفاحش المجرد (١) مبدئيا لا يحول المغبون
حق الفسخ ، عند الجمهور ، فذلك ، لأنهم اعتبروه نتيجة تقصير منه ، والعقصر
يتحمل تبعه تقصيره ، ولكن هذا بالنسبة لمن يقصر في حق نفسه لا حقوق
غيره ، لذا كان الغبن الفاحش المجرد وحده مؤثرا في صحة التصرف فسي
أموال هؤلاء القاصرين ، لأن مغبة التقصير ليستراجعة إلى العاقد
من الوصي أو الولي أو القيم ، بل إلى المولى عليهم ، ولا يجوز أن يتحمل
أحد مغبة تقصير غيره ، فكان الغبن الفاحش المجرد مؤثرا في التصرف
في أموال هؤلاء القصر المولى عليها ، استثناء من الأصل العام .

غير أن الفقهاء اختلفوا في مدى هذا التأثير أو الجزاء .

فذهب جمهور الحنفية إلى أن العقد يقع فاسدا ، لصدوره من أهله
مضافا إلى محله ، غير أنهم يرون ، أن من الممكن إزالة سبب الفساد
وذلك بأن يكمل الغابن القيمة الحقيقية ، فإن فعل ، صح العقد ولم يزل
والا بطل ، وهذا هو الراجح في المذاهب الحنفي .

ونذهب بعض فقهاء الحنفية إلى القول ببطلان هذا العقد .

هذا وللمالكية رأيان في الجزاء :

أولهما : حق الفسخ للمغبون ، أو مطالبة الغابن بتكملة القيمة الحقيقية
يتخذ أيهما شاء .

الثاني : يعطى الغابن الحق في تكملة القيمة إلى المغبون أولا ، فإن

(١) - أي الذي لم يصحبه تغرير أو خداع .

أوفى المغبون حقه ، صح العقد ولزم ، وإن رفض ، فللمغبون الحق في نقض العقد وإبطاله .

وهكذا ترى أن الحق منوح للغابن أولاً ، فإن نهض به ، فبها ونعمت ، والا فالحق للمغبون في الفسخ والابطال (١) .

جزاء أثر الغبن الفاحش المجرد ، في غير ذلك من العقود :

اختلف الفقهاء في أثر الغبن الفاحش المجرد على العقد فيما عدا العقود التي تتعلق بمال القاصرين ، على آراء :
الاول : بطلان العقد ، لما في الغبن الفاحش من تضییع المال وإتلافه
أيا كان المغبون ، وذلك منهى عنه بالنص ، والنهي يقتضي
البطلان ، وهذا رأى بعض الظاهرية (٢) .

واستدلوا بالمعقول ، فقالوا إن الغبن ظلم ، والظلم محرم ، أو
التحريم يقتضي البطلان .

الثاني : لا أثر للغبن الفاحش المجرد مطلقاً ، أياً كان مقداره ، فالتعبد
معه ، صحيح نافذ لازم ولو ضحبه تفرير ، لأن الغبن لا يكون إلا
نتيجة التقصير (٣) ، والمقصود بتحمل تبعه تقصيره ، إذ كان بإمكانه
الاستقصاء وإن يسعى لمصلحة نفسه ، باستشارة أهل الخبرة ، وهو
رأى الشافعية .

(١) - تبیین الحقائق - ج ٤ - ص ٧٩ - رد المحتار - ج ٤ - ص ١٥٩

التاج والاکلیل - ج ٤ - ص ٤٦٨ - ص ٤٦٩ - الخطاب - ج ٤

ص ٤٧١ .

(٢) - المحلى - ج ٨ - ص ٤٤٢ .

(٣) - معنى المحتاج - ج ٢ - ص ٣٦ .

ويرد على هذا النظر ، ما قدمنا ، من أن معظم الناس في أيامنا هذه مسترلون ، لتحقق الحياة ، بالتقدم العلمي والتقني .
فالتعاقد المتكبد عديم الخبرة غالبا ، لا مقصر ، بخلاف ما كان عليه الحال في الماضي ، لسهولة الحياة وبساطتها ، فكان الغبن الفاحش في أيامنا هذه ، استغلالا للاسترسال وعدم الخبرة ، ولذا ينبغي على الدولة أن تكل أمر التسعير الجبري العادل للخبراء في الدولة ، حماية لمعظم الناس من استغلال استرسالهم ، ظلما ، وهو ما سارت عليه اليوم معظم دول العالم .

الثالث : منح المغبون حق الخيار ، أن أقام الدليل على الغبن الفاحش المجرد ، وهو اجتهاد الحنابلة ، ورأى ابن حزم ، ومعهم المالكية ، وهو ما نرجحه ، لما ذكرنا (١) .

الرابع : أن اقترن الغبن الفاحش بالتفريط والاعتياق والفضيل ، مستثناه من قبل التعاقد الآخر ، أو من يعمل لحسابه ، كالدلال والسمسار أثر في لزوم العقد ، فجعله غير لازم ، ويكون حق الفسخ للمغبون حماية له ، لأنه مفرره لا مقصر . أما أن كان مجردا ، فلا أثر له على لزوم العقد ، لأنه اشارة على التقصير ، وهذا لا يستحق الحماية ، واليه ذهب جمهور الحنفية وهو مذهب الشافعي والمشهور عند المالكية (٢) ، وقد بينا وجهة نظرنا في الغبن

(١) - التاج والاكلیل - ج ٤ - ص ٤٦٨ - المغني ج ٤ - ص ٩١

المحلى - ج ٨ - ص ٤٤٢ .

(٢) - المراجع السابقة - رسائل ابن عابدین ، ج ٢ - ص ٧٠ - ص ٨٤

الفتاوى المقررة - ج ١ - ص ٢٥٩ - راجع المادة / ٣٥٧ /

من المجلة - والاشباه والنظائر - ص ٥٨ - لابن نجيم .

الفاحش المجرد ، وانه يوجب الفسخ ، حتى اذا صحبه تفرير ، أوجب ذلك من باب أولى .

على أن سائر المذاهب الاسلامية من الحنابلة ، والمالكية قد اعتبروا الغبن الفاحش المجرد سببا في فسخ العقد (١) ، وفي بيع الاسترسال ، والنجش (٢) ، وتلقي الركبان ، وفي البيع العادية احيانا اذا كان الغبن بدرجة بينة .

وهذا ما كنا قد ساءه ، ترجيحها على سائر الآراء ، في كافيّة عقود المعاوضات المالية ، ولذا كان التسعير الجبري العادل من قبل الخبراء ، خير وسيلة للحماية .

(١) - القوانين الفقهية - لابن جزي* - ص ٢٦٨ - شرح الخرشي - ج ٤

ص ٦٢ - الشرح الكبير - ج ٤ - ص ٧٧ - ص ٧٩ -

نيل الاوطار - ج ٥ - ص ١٥٥ - ص ١٥٦ - الموطأ شرح الزرقاني

ج ٣ - ص ٣٤٢ .

س وراجع الموجبات والعقود - ج ٢ - ص ٤٤٠ للدكتور المحمدي

(٢) - راجع في حكم العقد مع النجش - بداية المجتهد ج ٢ - ص ١٦٧

لابن رشد - المغني - لابن قدامة - ج ٤ - ص ٢٧٨

الضلعى - ج ٨ - ص ٤٤٨ .

ونذهب بعض الفقهاء الى بطلان بيع النجش في رواية عن الامام احمد وبعضهم الى صحة العقد ولزومه ، لان النجش امر خارج عن العقد مجاور له - وهو مذهب الحنفية .

البحث الثاني

التدليس أو التفرير

التدليس لغة (١) ، كتمان عيب السلعة عن المشتري (٢) ، وهذا

المعنى اللغوي اخص من المعنى الفقهي .

أما معنى التدليس اصطلاحاً ، فهو استعمال وسائل قولية أو فعلية مضللة ، للتأثير على الطرف الآخر ، وحمله على التعاقد .

ويستلزم من هذا ، أن التدليس ليس مقصوراً على كتمان العيب فسي السلع ، بل هو أوسع مدلولاً ، إذ يشمل إلى ذلك كل الوسائل ، المضللة القولية منها والعملية التي من شأنها أن توهم الطرف الآخر ، غير الواقع واقعاً لتفريبه وتحمله على التعاقد ، فالتدليس إيهام وتضليل عن حقيقة المعفود عليه .

هذا ، والتدليس كما يكون من البائع ، قد يقع من المشتري أيضاً على ما سيأتي بيانه .

شروط التدليس :

أولاً : أن يكون التدليس صادراً من العاقد ، المستفيد منه أو من له صلة به ، كالسمسار والدلال ، شريطة أن يكون العاقد

(١) - يطلق فقهاء الحنفية على التدليس اصطلاح التفرير ، خلافاً

للجمهور ، ولا شاحة في الاصطلاح .

(٢) - القاموس المحيط - ج ٢ - ص ٢١٦ -

المصباح المنير - ج ١ - ص ٦٨ .

المدلس عالما به ، ومتواطئا معه (١) .

ثانيا : أن يكون المدلس عليه جاهلا بالتدليس الواقع ، ان لو كان عالما به عند التعاقد ، ومع ذلك أقدم عليه ، لكان راضيا بالعقد وآثاره ، ولما شاب رضاه عيب ، لانه كان على بينة من أمره .
على أن هذا الشرط لم يأخذ به بعض الشافعية ، فاعطوا الخيار للمدلس عليه ولو كان عالما بالتدليس ، ذهابا منهم إلى أن التدليس أمر محرّم ، والحرمة حق الله تعالى ، فلا يرتفعها رضا العاقد أو عدم رضاه (٢) .

ثالثا : أن تكون الوسيلة المضلّة أو الموهمة قد أثرت فعلا في العاقد حتى حطته على التعاقد مفررا به ، حتى يكون إبراء للعقد أثرا للتفريط ، وسببا عنه .

(١) - ويدخل في هذا بيع النعش ، وهو باطل عنه الحنابلة ، لأنهم منهي عنه ، والنهي يقتضي التحريم ، وهذا يقتضي البطلان .
المعنى - ج ٤ - ص ٢٧٨ .

- وذهب الحنفية وجمهور الشافعية إلى أنه بيع صحيح لازم ، بالتمسك المتفق عليه - البحر الرائق - ج ٢ - ص ٧٠٤ - الام للشيرازي .

- وذهب الظاهرية والمالكية والحنابلة ، وبعض الشافعية إلى أن للمغبون حق الخيار - بداية المجتهد - ج ٢ - ص ٦٧ -

المحلّى - ج ٨ - ص ٤٨ .

- المعنى - ج ٤ - ص ٢٧٨ .

(٢) - المذهب - ج ١ - ص ٢٨٤ - للشيرازي .

أنواع التدليس :

التدليس - على ما تبين من التعريف - نوعان :
فعلي وقولي .

أما الفعلي ، فمن مثل أن يكون المبيع دارا قد تصدعت جدرانها فبسطها ثم يظلمها بالجرم صاحبها ، لتظهر في صورة الدار السليمة فيغتر المشتري بذلك ، ويقدم على التعاقد ، مضللا عن حقيقة المعقود عليه ، بحيلة فعلية هي البطالة .

وكذلك السيارة تكون قديمة ، فيدونها صاحبها ، وتبدل مكانها جديدة ، أو يوهن عداد المسافة ، ليمو على التعاقد أنها لم تستخدم في قطع مسافات بعيدة ، أو أن يكون محل العقد ثوبا ، وهو قد يهضم فيصغه ليظهر جديدا ، أو أن يكون المبيع من انتش الحيوان ، فيربط أخلافها (١) مدة يومين أو ثلاثة ، ليجتمع اللبن في ضرعها ، فينتفخ وتبدل كأنها غزيرة اللبن ، فيغتر المشتري ، ويتصورها أو يتوهمها ، كذلك وهو ما يسمى بالتصرية ، فيغتر ويقدم على شرائها .

وما يدل على أن هذا من الإيهام والتضليل ، أن المتعاقدين المفرور ، لو علم حقيقة المعقود عليه ، لما أقدم على التعاقد ، فكيفسان رضاه وقت التعاقد ، قائما على أساس موهوم (٢) ، كما أشرنا .

(١) - الاخلاف ، الاثداء

(٢) - هذا ، ومن الأمثلة التي ضربناها ، بيدولك أن من التدليس الفعلي ، اخفاء عيب السلعة ، وقد مر معك بحث خيــــــــــــــــار العيب .

أما القولي ، فهو الكذب ، وتزييف الكلام على الطرف الآخر ، بحيث يوهمه أنه الواقع ، فيحمله ذلك على التعاقد ، مغترا .

وقالبا ما يكون التدليس القولي ، في الثمن ، أو سعر السـوق أو في اعطاء بيانات مضللة .

وذلك ، كأن يقول البائع للمشتري ، أنه قد عرض عليه مبلغ كذا ثمناً للسلعة ، فيغتر المشتري بقوله ، ويقدم على الشراء ، ويكون ما ادعاه البائع غير صحيح لان ثمنها - في الواقع - أقل .

أو أن يقول المشتري للبائع ، أنه قد عرض عليه ، ثمناً لهذه السلعة مبلغ كذا ، كذبا ، وثنمها في الواقع أكثر من ذلك ، فيغتر البائع بقوله المزيف ، ويبيعه بالسعر الذي ادعاه .

وهكذا ترى أن المدلس قد يكون البائع ، أو المشتري . وما أيسر ما ذكره الفقهاء من أمثلة للتدليس القولي ، تجاه ما نراه اليوم من ألوان الزيف والكذب الشائع في أسواقنا ، مما يقطع بأنه ضرب من التدليس بالغ الاثر في الخداع والتضليل ، لم يعهد مثله فقهاؤنا القدامى فيما نظن ، وهو محرم قطعاً ، ولا مراة أن الكسب بهذه الوسائل المضللة كسب خبيث .

هذا ، والكذب على الركبان في سعر السوق ، عند تلقئها ، ضرب من التدليس ، وكذلك على المسترسل ، وهو ما أشار إليه الامام

الشافعي في كتابه الام (١) ، والدردير في الشرح الكبير ، فيثبت لكليهما الخيار ، رفعاً للغبن .

هذا ، والتدليس على الركبان من البدو في سعر السهم ~~يوجب~~ يوجب الخيار عند الشافعية والحنابلة (٢) ، خلافاً للحنفية .

(١) - يبين الامام الشافعي أن تلقي الركبان ، والتدليس عليهم في سعر السوق ، مما يوجب الخيار لهم ، اذا هبطوا السوق ، ورأوا أنهم قد غبنوا ، بقوله " لان تلقيها (تلقي السلع) حين يشتري من البكروى قبل أن يصير الى موضع المساومين (السوق) من الغرور له ، يوجد النقص في الثمن ، فاذا قدم صاحب السلعة السوق ، فهو بالخيار بين انفاذ البيع ورده ، ولا خيار للمتلقي ، لانه هو الفار ، لا المغرور الام - ح ٣ - ص ٧٢ .

- وكذلك بيع الاسترسال ، داخل في مفهوم التدليس ، فقد جاء في الشرح الكبير ، للدردير : " الا أن يستسلم المغبون ، ويخبر بجهله - تفسير للاستسلام - بأن يقول المشتري للبائع ، بعني كما تبيع الناس فاني لا أعلم القيمة ، أو يقول البائع للمشتري ، اشترمني كما تشتري من غيري ، أو يستأمنه ، بأن يقول احدهما للآخر ، وما قيمته لا شترى بها أو لا يبيع بها ، فيقول له ، قيمته كذا ، والحوال أنه ليس كذلك " ح ٣

ص ١٤٤ .

(٢) - الام - ح ٣ - ص ٨٢ - المغني - ح ٤ ص ٢٨٣

وبيع المسترسل يوجب الخيار أيضا عند الملكية (١) .
وأما التدليس بإعطاء بيانات كاذبة ، فكان يدعي البائع ، أن
هذه إدار مبنية بالحجارة الصلدة ، بينما هي في الواقع مبنية
بالطوب الأحمر ، وهذا يوجب الخيار ، بين الفسخ أو الإضاء بكل
الثمن عند الحنابلة (٢) .

أما التدليس بكتمان عيب السلعة ، فقد سبق القول فيه من أنه حرام
يوجب الخيار للمغبرر ، بين رد المبيع ، أو إضاء البيع بالثمن كاملا
وهو مذهب الاثمة الاربعة .

هذا ، والتدليس بالكتمان ، قد وردت السنة بتحريمه ، نصا ، بقوله
صلى الله عليه وسلم : " لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا ، وفيه عيب
الا بينة (٣) " .

أثر التدليس على العقود (الجزء) :

يختلف أثر التدليس أو جزاؤه ، تبعا لكونه فعليا ، أو قوليا .
٢- فان كان التدليس فعليا ، أوجب حق الخيار للمغبرر ، فسحا للعقد
أو إضاء له ، عند الجمهور

هذا ، ولا يعني المدلس من المسئولية أن يكون قد اشترط برا سم
من العيوب ابتداء ، لان هذا الشرط يصح منه لو لم يكن مدلسا ، سيبي
النية ، والشروط لم توضع شرعا ، لتكون مخلصا من تبعه التصرف بسوء نية

(١) - الهداية المجتهد - ج ٢ - ص ١٦٩ .

(٢) - الشرح الكبير - ج ٤ - ص ٧٩ - لابي الفرج .

(٣) - رواه ابن ماجه في سننه - ج ٢ - ص ١٧ -

رد المحتار - ج ٤ - ص ١٠٣ .

بل ينبغي أن يعامل صاحبها بنقيض مقصوده ، ولذا يلغو الشرط ، ويترتب
الاثار والجزاء ، وهذا هو ضمان التعيب ، أو ضمان فوات الوصف (١) .

ب - أما التفسير القولي ، فقد علمت أن حق الخيار فيه منوط بما يترتب
عليه من غبن فاحش ، أو لا يترتب عليه ذلك ، فإن ترتب على التفسير
غبن فاحش ، أوجب حق الخيار للمفروور ، لأنه معذور لا مقصّر
فكان جديراً بالحماية ، بخلاف ما إذا لم يترتب عليه غبن فاحش
(٢٢٥) بل كان تفسيراً أو تضليلاً مجرداً ، فلا أثر له على العقد ، فيصح
ويلزم ، إذ العبرة بأثر التضليل ، لا بذاته .

هذا ، وثمة آراء في حكم تلقي الركبان ، وبيع المسترسل ، وبيع
المضاربة ، وبيع النجش ، مما لا يتسع المقام لمبسطه وتفصيله .

(١) - هذا الخيار يسمى خيار التفسير (التدليس) أو فوات الوصف

لأن فوات الوصف يجعل البيع في حكم المعيب .

- المدخل - ج ٤ - ص ٣٨٤ - للإستاذ الزرقا .

- هذا ، وحديث المضاربة ، قد اختلف الفقهاء في حكمه ، فذهب

بعض الفقهاء إلى أن مناط التدليس متحقق فيه ، فأخذ حكمه

من الخيار ، بينما لم يرب بعضهم الآخر ، كالحنفية أنه تطبيقي

لمعنى التدليس .

المبحث الثالث

الغلط (١)

بيننا أننا ، أن مبنى التصرفات القولية كافة ، من التبرعات والمعاوضات المالية في الفقه الاسلامي - هو الرضاء ، لما قدمنا من الأدلة ، وهذا يستلزم بداهة - ليكون سليما - أن يرد على أمر معلوم لدى العاقد ، علما يطابق الواقع ، وقت انشاء العقد ، حتى إذا كان تصوره لما تعلق به رضاه ، وقت انشاء العقد ، غير مطابق للواقع ، كان وهما ، واختل بالتالي رضاه ، لقيامه على أساس وهمي أولوقعه أثرا لذلك الوهم ، إذ لو علم العاقد الواهم حقيقة الامر عند انشاء التصرف ، لما أقدم عليه .

تعريف الغلط فقها :

لم نعثر على تعريف (الغلط) في فقه المذاهب إذ لم يبحث الفقهاء القدامى موضوع (الغلط) بحثا جامعا مستقلا ، وإنما وجدنا مسائله وتطبيقاته ، مبثوثة في بحوثهم لخيار الرؤية ، وخيار العيب ، وخيار الوصف ، والجهل بذات العاقد الآخر ، أو بصفة من صفاته التي هي محل اعتبار في العقد ، والجهل بالأحكام الشرعية إذا كان متعلقها محلا للتعاقد ، وما إلى ذلك .

ويمكن أن نعرف الغلط في ضوء ما بينا من حقيقته ، أنه : " تصور قائم في ذهن العاقد ، لأمر جوهرى في التصرف القولي تعلق به رضاه

(١) يقصد بالغلط هنا المجرى غير المصاحب بالتغيير أو التدليس .

وقت انشاؤه ، تصورا غير مطابق للواقع ، حمله على التعاقد ،
ولو أدرك حقيقة الامر وقتئذ ، لما أقدم على إبرام العقد .
الفرق بين التدليس والغلط :

التدليس والغلط ، كلاهما من عيوب الرضا ان يشتركان في إيقاع
العاقد تحت تأثير الوهم الذي يحمله على التعاقد ، غير أن التدليس
مصدره العاقد الآخر ، سواء أكان تدليسا في السعر ، أم في الصفة
فكان إيهام بخلاف الغلط ، فانه توهم عفو تلقائي ناشئ من
ذات العاقد نفسه .

فالتدليس إيهاما وتخفيف من العاقد الآخر ، أو من له به صلة تقسم
على التواطؤ ، كالنكاح .

أما الغلط ، فهو توهم (١) ذاتي تلقائي ، كما قدمنا .

(١) المدخل ج ١ ص ٤٢٢ - للاستناد الزرقاء .

هذا ، وقد يكون التصور الواهم القائم في نفس العاقد ، وقت
إبرام العقد ، على النقص من الواقع ، كما في شراء فاس على أنه
من الياقوت حيث أفصح العاقد عن مراده هذا في صيغة العقد
حتى كان البائع على بينة من قصده ، ثم تبين أنه من حجر غير كريم
أو من الزجاج فاختلف الجنس وسيأتي أن هذا النوع من الغلط ،
لا يتعلق بصحة الرضا ، بل بوجوده ، فليس إذن من عيوب الإرادة
وعيوبها ، لأن الرضا في مثل هذه الحال ، منتفأ أصلا ، لعدم وجود
محل العقد ، إذ انصب رضا العاقد المشتري على الياقوت ، لا على
الزجاج ، وقد أظهر مراده هذا في الصيغة والياقوت وهو محل
القيود غير موجود ، لأن اختلاف الجنس كانتفاء العين فانتفى
رضا أصلا ، لانتفاء متعلقه ، ففرق بين انتفاء أحد مقومات العقد
وبين توافرها جميعا ، ولكن يشوب أحدها عيب كالغلط ، فالعقد

شروط الغلط :

١ - أن يكون الغلط ظاهرا ، قد أفصح عنه صاحبه في صيغة العقد وقت انشائه أو كشفت عنه القرائن والظروف الملائمة للتعاقد ، وبيان ذلك قد أشرنا آنفا ، أن الرضا في الغلط معيب ، لوقوعه أثرا لتصور وهي غير مطابق للواقع ، غير أن هذا الزعم أو الغلط الذي وقع العاقد تحت تأثيره ، حتى اختلف به رضا طرفي العقد ، لا تأثير له على العقد قضائيا مادام منطويا في نفس صاحبه ما لم يفصح عنه في صيغة العقد لأن نية الإنسان أو قصده لا يعرف إلا من جهته ، أو أن تكشف عنه القرائن والامارات والظروف الملائمة ليظهر به الطرف الآخر ، ويقف على حقيقة نيته وقصده .

وعلى هذا ، فالشريعة الإسلامية ، وإن جعلت مبنى التصرفات القولية من التبرعات وعقود المعاوضات المالية هو الرضا الكامل ، والنية الحقيقية ، لقوله - صلى الله عليه وسلم - " إنما الأعمال بالنيات " أى الأعمال والتصرفات معتبره بالنيات صحة وفسادا ، وإن الخطأ والغلط يعيب هذا الرضا فيفسد العقد ، أو يؤثر في قوته الملزمة ، فيجعله غير لازم ، ويضع في يد الفالط حق الفسخ ليقض العقد ويبطله ، إذا شاء حماية له ، لعدم سلامة رضاه ، عملا بقوله - صلى الله عليه وسلم - : " رفع عن أمتي الخطأ ، والنسيان وما استكرهوا عليه " .

• في الحالة الأولى غير منعقد أصلا ، لانعدام كله بخلاف الثاني فإنه منعقد وموجود ، لكنه معيب .

والرفع انبعاثه من الحكم المتصرف وأثره لانه
اجماعاً لأن التصرف اذا وقع بلا نية ، لا يرفع غير أن الشريعة تشترط -
لصحة الادعاء بالغلط ، وتقرير حق الحماية للغلط - أن يكون الغلط
ظاهراً غير خفي ، ليكون الطرف الآخر على بينة منه ، وعلى توقع
من نقض العقد المعيب ، فلا نجاحاً بفسخ العقد اذا وقع
بخلاف ما اذا كان خفياً ، لم ينصح عنه صاحبه ، ولا دلت الامارات
والقرائن عليه ، فان الادعاء بالغلط حينئذ
وفسخ العقد على أساسه ، وإبطال آثاره ، ضاراً بالطرف الآخر
حسن النية ، وان لم يكن يعلم بالغلط الذي وقع فيه صاحبه أصلاً ولا
كان منه تقصير في تبينه حتى يتحمل تبعه تقصيره ، ويلقي هذا
الجزء من نقض العقد وإبطاله على غير توقع فلا عبرة اذن بالظن الخفي
المستكن في نفس صاحبه ، ولا يقبل منه ادعائه بالغلط بعد إبرام
العقد ، أو الطعن فيه ، ولا يورثه حق الفسخ ، لأنه لم يبين
مراد من يعرف غلظه أو لم ينصح عن قصد ، أو ارادته الباطل وقت التعاقد
وذلك ، حماية للطرف الآخر حسن النية وعملاً ببدأ استقرار التعامل (١)
الذي تتعلق به مصلحة عامة أيضاً تهو على المصلحة الخاصة لمدعي الغلط
الخفي ، ولولا اشتراط ظهور الغلط لاصبحت المعاملات كلها عرضة
للإبطال ما لا يستقر معه التعامل ان يسوغ لكل متعاقد حينئذ أن يعطل
تصرفه بادعاء أنه وقع تحت تأثير الوهم أو الغلط وقت انشاء العقد
دون أن يكون ثمة من دليل يثبت ذلك لأن صيغة العقد ولا من القرائن

(١) مصادر الحق ج ٢ ص ١٣٠ المدخل ج ١ ص ٤٢١ للاستاذ الزرقاء

والآمارات والظروف الملبسة للعقد وقت انشائه ، وفي هذا من الضرر ما فيه .

فالغلط انما يكون نتيجة للتباين أو الاختلاف ، بين ما يتصوره العاقد في ذهنه ، وبين الواقع .

ويدهي ، أن رضاه انما تعلق بالصورة التي تصورها في ذهنه وقت التعاقد فاذا تبين أن تلك الصورة الذهنية غير مطابقة للواقع ، لم يكن رضاه سليما ، بل مختلا (١) ، لكن ينهي أن يفصح عن تصوره ومقصوده ، ليمكن تبين غلظه قضيا .

— فتلخص ، أن الشريعة وان اعتدت بالرضا ، أو الارادة الباطنة مبنى وأساسا للتصرف القولي ، غير أنها تشترط أن تظهر تلك الارادة لتكون مؤثرة ، حتى يستقر التعامل ، والا فلا أثر لها ، لأن اتجاها — التشريع الاسلامي موضوعي ، ولذا جاء في تعريف الفقهاء للعقد كما تعلم بأنه ايجاب وقبول ، بلفظين أو ما يقوم مقامها من الوسائل المادية الظاهرة تعبيراً عن التراضي النفسي الخفي ، أو الارادة الباطنة .
وقد استقر هذا الاصل عند الفقهاء في قواعد فقهية منها :

- (١) مع ملاحظة ما قد هنا ، من أن الاختلاف بين التصور والواقع اذا كان متعلقا بجنس المعقود عليه ، لم ينعقد العقد أصلا ، لأن اختلاف الجنس في حكم انتفاء العین محل العقد ، والعقد لا ينعقد بدون محل ، فانتفى الرضا أصلا ، لانتفاء ما تعلق به وهذا النوع من الغلط ، من موضوع بحثنا ، غير ب الرضا .

لا عبره بالظن البين خطؤه :

هذه قاعدة عامة وردت في كتب القواعد (١) القهية فيدرج
في مفهومها الكلي (٢) ، الغلط الظاهر " من قبل أن الظن
إذا كان بين الخطأ ، كان وهما ، والغلط قوامه الوهم ، لعدم —
التطابق بين التصور والواقع .

غير أن هذا الظن الواهم — في منطق القاعدة — يجب أن يكون
بيننا ظاهرا ، حتى يكون مؤثرا .

هذا ، وظهور خطأ الظن ^{متن} يتقلب وهما تبطل به الحجة ، إنما يكون بالدليل
وذلك إما بتصريح من المعاهد الظان نفسه يفسح بعض قصده وقت انقضاء
التصرف القولي ، أو بالأمارات والقرائن المحتفظة التي تدل على مراده وأن
لم يصرح به .

ويؤدى القاعدة ، فيما يتعلق بموضوعنا ، من التصرفات القولية خاصة
ن " الظن إذا ثبت وظهر خطؤه بالدليل المعتبر شرعا ، لاجته فيه ،
وكذلك ما ينشأ عليه من التصرف القولي بالنسبة الى من وقع تحت —

(١) الأشباه والنظائر — ص ٦٣ — لابن نجيم — وللصیوطي — ص ١٠٦

وقد وردت في المجلة / المادة ٢٢ / .

(٢) لا يقتصر مفهومها الكلي فيما يتعلق بالتصرفات على دفع ما لا يستحق
لاستناده الى سبب وهي لا الى سبب حقيقي شرعي ، حيث لا عبرة
به فيجب ابطاله واسترداده ، لا بثنائه على الغلط ، بل يشمل
الى ذلك التصرفات القولية ، بالارادة المنفردة ، أو العقود
ثنائية الطرف إذا وقع المعاهد تحت تأثير الظن البين الخطأ .

تأثير هذا الظن الواهم ، فلا عبرة به ، وله ابطاله (١) وتطبيقا لذلك ، اذا اشترى شخص ثوبا يظنه من الحرير ، ولم يظهر مراده للبائع ، بل بقي مستترا في نفسه . ثم ظهر أنه من الكتان أو ، لو يكن له أن يدعي أنه وقع في الغلط ، ليبطل العقد ، لأن غلطه غير ظاهر ، بخلاف ما اذا أفصح عن مراده هذا ، في صيغة العقد بأن قال للبائع ، اشتريت منك هذا الثوب من الحرير ، ثم ظهر أنه من النقطن أو غيره ، كان له أن يدعي أنه وقع في الغلط لعدم توفر الصفة التي يمتثلها في الثوب ، وكان له حق الخيار بين الفسخ والامتناع ، لأن غلطه ظاهر ، إذ قد أفصح عن مراده في صيغة العقد وقت انشائه .

فالغلط — كما ترى — ظاهر صراحة .

ظهور الغلط بالقرائن لا بالقول الصريح :

قد يظهر الغلط بالقرائن ، او بطبيعة الظروف الموضوعية التي تلبس العقد وقت إبرامه ، دون الافصاح عنه صراحة . فمن ذلك اذا اشترى شخص من تاجر الآثار ، قطعة ظنها أثرية ، ولم يفصح عن قصده هذا فان مقتضى الحال ، أو طبيعة الظرف والملبس للتعاقد ،

(١) والحجة التي انتفت هنا ، هي ما يقضي به الاصل العام من وجوب الوفاء بالعقد الثابت بقوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " .

من أنه يشتري من تاجر آثار ، دليل أقرينة على قصد هذا ، وذلك كاف في ظهور غلظه ، ولو لم يصرح بمقصوده فاذا تبين أن القطعة ليست أثرية ، كان للمشتري الادعاء بالغلط ، لظهوره بالأقرينة ، ويملك بمقتضاها حق الفسخ ان شاء ، حماية له ، واحتراما لرضاء وارادتها باطنية ، مادام قد قام الدليل على نيته التي تبين بها غلظه .

على أن حسن النية الذي أوجبت الشريعة أن يسود التعامل ، يقضي بأنه كان على البائع أن ينبيه المشتري الى أن القطعة ليست أثرية ، اذا كان يعلم ذلك .

الغلط المفترض وقوعه :

على أن الغلط قد يكون منشأ ظهوره ، من عيباني المعقود عليه ، لم يكن قد اطلع عليه العاقد وقت التعاقد ، فان مجرد ظهور العيب دليل على وقوع الغلط ، ذلك ، لأن نية العاقد المتملك قد اتجهت الى التعاقد على محله سليما ، تلك نية ظاهرة ، ولو لم يصرح بها في الصيغة ، لأن من المقرر عرفا وواقعا ، ان المتعاقد لا ينصب رضاه على شراء شيء معيب تنقص به قيمته أو منفعته ، ودلالة العرف قرينة معتبرة ، فضلا عن لسان الحال ، فكانت سلامة محل العقد من العيب ، شرطا ضمنيا (١) في كل عقد معاوضة مالية

(١) وهذا ما أشار اليه الامام الكاساني بقوله : " السلامة مشروطة في العقد دلالة " فكانت كالشرطة نصا ، لأن البيع عقد معاوضة مبناها على المساواة عادة وحقيقة . . ولأن " السلامة "

ولولم يصح به في العقد ، اذ الاصل السلامة ، وهذا

هو خيار العيب ، كما بينا .

أنواع الغلط وقت انشاء العقد

الغلط عند انشاء العقد ، اما أن يكون في جنس المعقود عليه ، أو في وصف له يؤدي الى تفاوت فأحسن في القيمة أو المنفعة أو في وصف مرغوب فيه ، دون أن يؤدي الى ذلك التضاوت الفاحش أو في العاقد الآخر ذاته ، أو في صفة من صفاته التي لها اعتبار في العقد أو في الحكم الشرعي الذي يكون متعلقة محلا للعقد .

ونتناول هذه الانواع بالبحث تباعا .

أولا : الغلط في جنس المعقود عليه :

وذلك ، بأن يكون جنس المعقود عليه في تصور العاقد عند انشاء العقد ، يباين حقيقة المعقود عليها الواقعي ، كمن اشترى قنطارا من القمح ، فاذا هو من الشعير أو فصا من الياقوت ، فاذا هو من الزجاج أو حقيية من الجلد ، فاذا هي من الورق المقوى (الكرتون)

= لما كانت مرغوب المشتري ، ولم يحصل ، فقد اختل رضاه ، وهذا يوجب الخيار ، لأن الرضا شرط صحة البيع فانعدام الرضا يمنع صحة البيع ، واختلاله يوجب الخيار فيه ، اثباتا للحكم على قدر الدليل " .

— البدائع — ج ٥ ص ٢٢٤ .

هذا النوع من الغلط - في الواقع - لا يتعلق بصحة الرضا ، بل بوجوده ، لأن تباين حقيقة المعقود عليه ، في حكم انتفاء العین ذاتها ، وإذا انتفى محل العقد ، انتفى الرضا المتعلق به أصلا و فرق بين عدم وجود أحد مقومات العقد ، وبين توافرها جميعا ، ولكن يشوب أحدها عيب كالغلط ، ففي الحالة الأولى ، العقد باطل ، لانعدام محله ، بخلاف الثانية ، إذ العقد منعقد ولكنه معيب في أحد مقوماته ، وهو الرضا .

لذا كان الغلط في جنس للمعقود عليه ليس داخلا في موضوعنا : عيوب أصلا ، لما قدمنا .

ثانيا : الغلط في وصف المعقود عليه ، يؤدي الى التفاوت الفاحش في

القيمة أو المنفعة .

وذلك ، بأن يشتري منزلا على أنه مبني من الحجارة ، فإذا هو مبني من الطوب ، أو سيارة على أنها تسير (بالمازوت) ، فإذا هي تسير بالبنزين فالجنس كما ترى متحد ، ولكن الاختلاف في الوصف الذي يؤدي الى تفاوت فاحش في القيمة أو المنفعة وهذا الفارق الفاحش في الصفة ، بمنزلة الفارق بين الجنسين ، كما يقول الامام الكاساني (١) ، والحكم واحد

(١) يقول الامام الكاساني : " وكذا لو باع دارا ، على أن بناؤها آجر

فإذا هو لبن ، لا ينعقد لانهما يتفاوتان في المنفعة تفاوتا فاحشا فكانا كالجنسين المختلفين "

- الهدائع ج ٥ ص ١٤٠ وراجع فتح القدير - ج ٥ ص ٢٠٦ .

وهو بطلان العقد • وهذا النوع كسابقه ، ليس من موضوعنا
كما ترى وهو اجتهاد جمهور الحنفية (١) •
ثالثا : الغلط في وصف مرغوب فيه

الغلط في هذا النوع ، يؤدي الى فوات وصف مرغوب فيه ،
فالجنس متحد ، والوصفان : المتصور والواقعي ، متساويان من حيث
المنفعة ، وفيه ما في الامر ، أن رضا العاقد قد تعلق بوصف يرغب فيه
ولكنه لم يتحقق ، فاختل رضاه لذلك •
ومثال ذلك ، أن يكون محل العقد معيناً بالذات ، وغائبا عن مجلس العقد
أو يكون حاضرا فيه ، ولكن يحول الظلم مثلا دون ادراك وصفه بالمعينة
أو أن يكون العاقد أعبي ، فلو اشترى قطعة من الجوخ على أنها من
الصنع الانكليزي فتبين أنه فرنسي المصدر ، أو أنه أخضر اللون ، فإذا
هو أسود ، فإن المشتري بالخيار بين انفاذ العقد أو قسحه لفوات وصف
في العقد اختل به رضاه ، وهذا هو خيار الوصف •
هذا ، وليس ثمة فارق بين اللون الأخضر والاحمر من حيث المنفعة •

(١) على أن الامام الكرخي ، قد اعتبر العقد في مثل هذه الحال
فاسدا لا باطلا ، وجهته في ذلك ، ان البائع باع المسمى
في العقد وأشار الى غيره ، فصار كأنه باع شيئا ، بشرط أن يسلم
غيره ، وذلك فاسد ، هذا والشافعية ، في رأي عندهم ،
وكذلك المالكية ، أن العقد صحيح ولكنه غير لازم •
وعلى هذا النظر ، يدخل هذا النوع في موضوعنا ، ولكنه رأي
ضعيف • — المرجع السابق •

فالغلط في الوصف واضح ، لأنه مشروط في العقد (١)

الغلط في وصف المشار اليه ، المشاهد في مجلس العقد لغو
غير مؤثر :

هذا والاشارة والمشاهدة أبلغ من الوصف في التعريف ، ولهذا كان الغلط في الوصف مع تحقق الاشارة والمشاهدة ، ليس بعذر ، ولا عبرة به ، فاذا باع شيئا معيناً بالذات ، حاضراً في مجلس العقد كالسيارة مثلاً ، وأشار اليها ، وهي مشاهدة أمام المشتري ، وقال بعثك هذه السيارة الحمراء ، وهي خضراء ، فالغلط هنا لا عبرة به ، بل العبرة — بالاشارة والمشاهدة ، لأنهما أقوى في الدلالة والتعريف ، ولذا ، استقر في الفقه الاسلامي قاعدة عامة في هذا النوع من الغلط غير المعتبر مؤداها أن " الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر (١) " . وعلى هذا ، فالعقد صحيح ولازم ، وليس للمشتري خيار على الرغم من الغلط في الوصف المرغوب فيه .

رابعاً : الغلط في شخص العاقد الآخر ، أو صفة من صفاته مما له اعتبار في العقد .

وهذا يكون في التبرعات ، كما يكون في عقود المعاوضات المالية أو في التصرفات بالارادة المنفردة .
وذلك بأن يوصي لشخص معين ، يعتقد أنه فلان ، فاذا هو غيره .

(١) المادة / ٦٥ / المجلة — المدخل — ج١ — ص ٤٢٢ للاستاذ الزرقاء — وراجع في هذا المادة ٣١٠ من المجلة .

وكذلك في الهبة ، لأن لذات الشخص الموصي اليه ، والموهوب له اعتبار وأهمية وكذلك في عقود المعاوضات المالية ، كالإجارة والاستصناع ، فإذا اتفق مع طبيب لصفة ذات اعتبار في العقد كمهارته على أن يجري له عملية جراحية ، يظن أنه الطبيب المشهور فيظهر أنه طبيب آخر ليس في ستواء مهارة فهذا غلط في ذات المتعاقد الآخر ، مما له اعتبار في العقد وأهمية ، إذ هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد ، فالغلط موثر .

وكذلك أن يتفق مع النجار الفلاني على أن يصنع له أثاثا لمنزله ، ثم يتبين أنه غيره من هودونه في الاتقان في المهنة .
أما إذا كان في ستواء مهارة ، فالمعتمد عند القهاء ، أن العقد صحيح لازم .

— ومن ذلك أيضا ما إذا استأجر ظئرا لإرضاع طفله ، فتبين أن لبنها غير صالح لتغذيته ، أو أنها فاجرة (١) أو حقا شرسة ، كان ذلك غلطا بينا في شخص المتعاقد الآخر ، أو في صفة ذات اعتبار في التعاقد . هذا ، وصلاحيه لبنها للتغذية ، أو حسن خلقها ، مشروط في العقد دلالة . ولو لم يصح التعاقد بذلك لدلالة الحال ، أو العرف .
وكذلك في الوكالة ، والوكالة ، للمتعاقد الآخر اعتبار في العقد . فالوكالة إذا كانت بأجر ، كالمحاماة ، فإن لذات المتعاقد الآخر (المحامي) اعتبار في العقد ، لمهارته وحذقه مثلا ، أو لصدقه ونزاهته ، فالغلط في شخصه موثر ، شريطة أن يكون الغلط واضحا قديما .

(١) البسوط - ج ١٥ - ص ١١٩ - ص ١٢٢ - والظئر هي المرأة تستأجر للأرض .

هذا ، وإذا كانت أحكام الغلط تجرى في عقود المعاوضات المالية التي تقبل الفسخ ، كالبيع والإجارة ، كما تجرى في التصرف القولي الفردي الذي يتعلق بالاسقاط ، والتملك ، كحق الشفعة ، أو الوصية أو الهبة ، من التبرعات ، فإن عقد الزواج عند الجمهور لا يجري فيه حكم الغلط ، لأنه لا يقبل الفسخ ، وخالفني هذا الإمام أحمد فأجاز فسخ الزواج بالغلط لقوات وصف مرفوب فيه وشروط في العقد ، يتعلق بأحد الزوجين ، فإذا تزوجها على أنها متعلمة أو على أنها جميلة ، وشرط ذلك في العقد ، فتبين أنها دسيسة ، أو جاهلة كان له حق الفسخ ، لاختلال رضاه .

ونحن نرى ، أن ينبغي أن يكون للغلط أثره في عقد الزواج ولو لم يكن من عقود المعاوضات المالية ، فإن لشخص الزوج أو الزوجة أو صفة من صفات أحدهما اعتباراً في هذا العقد الخطير الشأن . فإذا تبين مثلاً أن في أحد الزوجين داءً عضالاً ، أو مرضاً جنسياً يتنافى مع الغاية من الزواج ، كان للآخر حق الفسخ ، للغلط فسي شخص العاقد الآخر ، أو في صفة جوهرية ، إذ الأصل الملامية فكان هذا الغلط ، موجبا لحق الفسخ .

أما في التصرفات القولية الانفرادية فكذلك ، إذا كان لشخص — العاقد أو صفة من صفاته ، اعتبار في التصرف وأهمية ، وذلك من مثل

حق الشفعة (١) ، فإذا اسقطه صاحبه على ظن أن المشتري هو فلان ، فإذا هو غيره ، كان ذلك غلطا موجبا حق الفسخ بالنسبة لمن وقع فيه ، لما للشخص الذي من أجله اسقط حق الشفعة من اعتبار في هذا التصرف وأهمية ، إذ على أساسه كان اسقاط هذا الحق ، فكان لمن وقع في الغلط أن يرجع في هذا الحق .
خاصا : الغلط في الحكم الشرعي (الجهل به)

الأصل أن الجهل (٢) بالأحكام الشرعية ، في دار الاسلام ليس بعذر ، فليس لمن يجهلها أن يعتذر بالغلط . فلو تعامل شخص بالربا مثلا ، ثم اعتذر بأنه يجهل تحريمه ، لا يقبل اعتذاره ، لاستيفاء العقد ، بل يبطل ، لأن محله أمر محرم شرعا ، والغلط في الحكم الشرعي الذي تعلق بهذا المحل لا تأثير له .
 ولو خارج على حصته من الارث ، وهو يظن أنها ثمن التركة ، فإذا هي الربح لاهبة بخلطه ، ولا تأثير ، لأن الجهل بالحكم الشرعي ليس بعذر ، فيصح العقد ويلبسزم .
 وكذلك لو تزوج شخص امرأة من المحرمات ، وهو في دار الاسلام ، ثم اعتذر بجهله ، لا يقبل اعتذاره ، لاشتغال أحكام المحرمات بالنساء .

(١) وهو حق أولوية يمنح للشريك في العقار ليقدم على المشتري الاجنبي بموجب هذا الحق ، لأن الشريك أولى بتملك العقار المشترك من الاجنبي .

(٢) المنافع شرح المجامع ص ٣١٨ — والغلط نوع من الجهل .

بخلاف ما اذا كان في غير دار الاسلام ، حيث يعتبر جهله
بالاحكام الشرعية عذرا ، لعدم نشرها وشيوعها ، اذ تطبق فيهما
غير أحكام الشريعة •

قاعدة الجهل بالاحكام الشرعية ليس بعذر : مقيدة بالاحوال التي

لاشبهة فيها •

ليست هذه القاعدة على إطلاقها ، بل مقصور تطبيقها على
الاحوال التي لاشبهة فيها ، أو شاع العلم بها ، وقد حدد الامام
القرافي ضابط ما يعتبر عذرا من الجهالات ، فيعفى عنه ، وما لا يعتبر
بقوله : " ضابط ما يعفى عنه من الجهالات الجهل الذي يتعذر —
الاحتراز عنه عادة ، وما لا يتعذر الاحتراز عنه ولا يشق ، لم يعف عنه (١)
وعلى هذا ، فالاحكام الشرعية التي تدق الاحاطة بها ، مما يتعلق ادراكه
بالمختصين من العلماء " يعتبر الجهل به عذرا ، اذ يشق الاحتراز عنه
عادة ، بخلاف ما لا يصعب ، بدليل أن غالب الناس يعلمونها ، وفي هذا
المعنى يقول الامام السيوطي : " كل من جهل تحريم شي " مما يشترك
فيه غالب الناس (٢) ، لا يقبل (٣) •

فضايط الجهل الذي لا يعتبر عذرا ، اذن ، هو الاشتهار ، وما
لا يشتهر من الاحكام التي لا يعرفها الا الخواص ، يقبل فيه العذر •
اذ يشق الاحتراز عنه ، وهو موذى قول الامام السيوطي ايضا : " ولا
يقبل دعوى الجهل ، بثبوت الرد بالعيب ، والاخذ بالشفعة ، من

(١) الفروق ج ٢ ص ١٥٠

(٢) أي مما يشترك غالب الناس في علمه والاحاطة به لاشتهاره •

(٣) الاشياء والنظائر — ص ٢٢٢ •

قديم الاسلام لاشتهاره وتقبل . . في نفي الولد نسي
الاطهر ، لأنه لا يعرفه الا الخواص (١) .
على أن أحكام الشريعة التي يجرى تطبيقها في القضاء لا يقبل
الاعتذار بجهلها لنشرها وإعلانها بالطرق الرسمية ، ولا يثق على
الناس العلم بها إذ بالإمكان أن يستحيينسوا برجال القانون والقضاة
والمحاماة ، لمعرفتها ، والآن نفتح باب الاعتذار بالجهل بحكم الشرع
أو القانون ، لا يستقر معه التعامل ، ولا يقبل بهذا أحد ، ويحمل كلام
الميوطي على الأحكام الديانية ، أو على اعتبار اختلاف الزمن
في وسائل النشر والإعلان الرسمية ، وهدم التنظيمات القضائية على
النحو الذي استقر في عصرنا .

(١) المرجع السابق .

المبحث الرابع

=====

الاكراه

لا يمتد بحثنا الى التصرفات الفعلية أو الوقائع المادية ، سواء
أكانت مشروعة أم غير مشروعة ، وانما يقتصر على التصرفات القولية (١)
من العقود والقرارات .

مدى تأثير الاكراه على الاهلية

آ - يرى الفقهاء^(٢) أن ليس الاكراه عارضا من عوارض الاهلية ، فلا تنعدم
به ، لا من حيث أهلية الوجوب التي تثبت بانسانية الانسان
اذ الاكراه لا يأتي عليها .
ولا من حيث أهلية الاداء ، لأن مناطها العقل والتمييز والاكراه
لا يؤثر فيهما ، بل المكروه سليم العقل قادر على فهم الخطأ
الشرعي بعد الاكراه ، كما كان قبله .

(١) التصرفات التي قوامها أفعال ، اما أن تكون مشروعة مباحة
كالسفر ، والاكل ، والاقامة ، وما الى ذلك واما أن تكون
جرائم وأفعالا محرمة ، كالتفلس ، وهتك العرض ، واتلاف
مال الغير .

(٢) نهاية المحتاج ج٣ ص ٣٨٧ - الخروشي - ج٣ ص ٣٦٥ التلويح
على التوضيح ج٢ ص ١٦٦ مجمع الانهر ج١ ص ٣٨٤ - البدائع
ج٧ ص ١٨٧ - المبسوط ج٢٤ ص ٥٧ - البهجة شرح التحفة
ج٢ ص ٧٥ - الفتح الكبير ج٣ ص ٦ للدرستي

وعلى هذا ، فان المكره في فقه الحنفية ، لا يسقط عنه الخطاب الشرعي ، بل يبقى مكلفا ، فليس الاكراه اذن من عوارض الاهلية كالجنون والسفه ، ولا مانعا من التكليف ، وانما ينعدم بسببه الرضا اتفاقا ، ويفسد به الاختيار على الجملة وفساد الاختيار يجتمع مع التكليف ، ولا ينافيه .

وهذا ما يقرره الامام السرخسي بقوله : " الاكراه اسم لفعل يفعل المرء بغيره فينتفي به رضاء ، أو يفسد به اختياره ، من غير أن تنعدم به الاهلية في حق المكره أو يسقط عنه الخطاب (١) " بـ غير أن المالكية يرون أن عقد المكره غير لازم ، مما يشعر بقياس التكليف ، على الرغم من الاكراه ، لكن تعليلهم لعدم اللزوم لا يستقيم ، إذ يرون أن الاكراه يمنع التكليف ، ومقتضى هذا البطلان لعدم اللزوم (٢) .

جــ وذهب الشافعية الى أن الاكراه لا يعدم الاهلية ، ولكن يمنع التكليف ، لأنه في اجتهادهم يعدم الاختيار (٣) وهو شرط

(١) البسوط ج ٢٤ ص ٣٨ يلاحظ أن الحنفية يفرقون بين الرضا والاختيار ، كما سيأتي .

(٢) يقول صاحب البهجة في شرح التحفة : " فإذا خاف فزول شيء به ، من هذه الامور ، حالا أو مآلا ، فباع . . . فان بيعه غير لازم ، لعدم تكليفه " ج ٢ ص ٧٥ .

(٣) ولا يفسده فحسب ، كما يذهب الى ذلك الحنفية وفرق بين الفساد والبطلان عندهم بل أنهم يرون فرقا بين الفساد الناشئ عن الاكراه ، وبين الفساد الذي منشؤه خلل لضعف ملازم للمعقد كما سيأتي .

انعقاد التكليف ، حتى اذا انتفى الشرط ، انتفى المشروط .
على أن مفهوم عدم التكليف أثرا للاكراه ، — في فقه الشافعية —
لا يعني عدم القدرة على فهم الخطاب ، اذ لم تسقط أهليته ، بل
معناه ، أن خطاب التكليف لا يتوجه اليه ايان الاكراه ، لعدم اختياره
اذ حرية أو سلامة الاختيار ، شرط توجه التكليف اليه ، وقد انتفت —
بالاكراه ، فيكون هذا مانعا من التكليف ، لغوات شرطه ، لاعراضا من
عوارض الاهلية ، كما قدمنا وتأسيسا على هذا ، لا يلزم المكروه بشيء ،
مما يترتب على تصرفاته القولية فيما لو كان راضيا مختارا اختيارا حرا ،
فيكون عقده بالاكراه باطلا لعدم الاختيار المانع من التكليف والمسئولية .
وتوضيح ذلك ، أن الاكراه في اجتهاد الشافعية — اذ يعدم القصد
أو الاختيار ، فان المكروه حين يباشر صيغة العقد تقع لاجية ، لأنه
لا يقصد معناها ، ولا يستعملها فيه لينشئ بها عقدا تترتب عليه آثاره
بداهة ، فلا هو قاصد انشاء العقد ولا آثاره ، وانما يقصد من مباشرته
الصيغة تحت تأثير الاكراه ، مجرد دفع الاذى المهدد به ، فتكون لغوا
اذ كيف يلزم المرء بآثار تصرف لم يختاره أو يكون مؤاخذا فيما لم يقصده
أصلا ؟ لأن من المقرر شرعا — كأصل عام يقيني — أن الانسان لا يلتزم
الا بما ألزم به نفسه بمحض اختياره ، وكامل رضاه ذلك لأن الاختيار أو
الرضا هو مبنى التصرفات القولية شرعا ، حتى اذا انعدم ، فقد التصرف
أساس شرعيته فكان لذلك باطلا والباطل لا وجود له شرعا ، لأصلا
ولا أثرا .

ذلك ما تروى على اجتهاد الشافعية من ذهابهم الى أن الاكراه مانع
من التكليف ، وان كان لا أثر له على الاهلية باطلاق .

الحنفية يفوقون بين الاختيار والرضا خلافا للشافعية ، وشرة ذلك :

يفرق الحنفية بين الاختيار والرضا مفهوما وأثرا ، فيرون أن الاختيار هو " التمكن " من فعل الشيء " ضده " أما الرضا فهو الرغبة في الشيء والارتياح اليه . هذا ، ويرون الارادة مجرد الاعتزالي على الفعل وتنفيذ " على هذا ، فالاختيار أعم ، والرضا أخص .

ومعنى هذا ، أنه يلزم من تحقق الرضا وجود الاختيار ، ولا يحسن ، أي لا يلزم من وجود الاختيار^{للمتأمل} ، وعلى هذا ، فالاختيار والرضا — في فقه الحنفية — أمران مختلفان ، وليس مترادفين ، ولا متلازمين فقد يوجد الاختيار وينعدم الرضا ، كما في الإكراه .

وانما قلنا ان الاختيار بالمعنى الذي حدده الحنفية (١) ، وقد تحقق بالنسبة الى المكره ، لأنه قصد الى الصيغة ، وهي السبب ، ولو كان قصده اليه لمجرد دفع الأذى عن نفسه ، لأنه كان يوسع الأفعال ، ويختار — احتمال الأذى المهدد به ، لكنه أثر اختيار الصيغة على اختيار احتمال الأذى أو بالاحرى اختار أهون الشرين ، وأخف الضررين (٢) وهذا هو " التمكن " من فعل الشيء " ضده " الذي هو مناط الاختيار عند الحنفية فقد تحقق مناط الاختيار في الإكراه لكنه اختيار فاسد ، لمكان الإكراه فيه (٣) غير أن فساد الاختيار — كما يرى الحنفية — لا يعدم أصله ، فأصل الاختيار

(١) بمعنى التمكن من فعل الشيء " ضده " (٢) رد المختار ج٤ ص٧

(٣) وهذا ماقرره الشافعية أيضا فقد نقل الامام السيوطي في كتابه

" الاشباه والنظائر " عن الامام النووي ، في كتابه الروضة ، أن

الإكراه يحصل : " بكل ما يؤثر العاقل الاقدام عليه ، حذرا مما

هدد به " ص ١٨٧ الطبعة التجارية — وهذا الايتار صريح في اختيار

قائم مع الاكراه ، ولا منافاة بين اجتماعهما •

هذا ، ويرى الحنفية أيضا ، أن شرط انعقاد التكليف هو أصل الاختيار لا صحته (١) ، إذ يكفي في انعقاده وجود أصله ، ولو فاسدا . وعلى هذا ، فليس الاكراه — في اجتهاد جمهور الحنفية — مانعا من التكليف كما يقول الشافعية ، بل التكليف منعقد ، لوجود شرط انعقاده وهو أصل الاختيار ، ولو كان فاسدا فكان المكروه مستولا ، وهو هذا ، ومكلفا على الرغم من كونه مكروها •

نعم ، الرضا منعدم مع الاكراه ، كما يقول الحنفية ، وهذا بالاتفاق ، ولا نزاع فيه ، غير أن الرضا — في اجتهادهم — شرط للصحة ، لا للانعقاد حتى إذا فاق الرضا بالاكراه ، فسد العقد ولم يهطل ، عند جمهور الحنفية (٢) ، لقوات شرط صحته ، ولذا ، كان للمكروه أن — يجهز العقد بعد زوال الاكراه ، إذا شاء تحقيقا لرضاء الكامل ، ليرتفع الفساد حينئذ لزوال سببه ، ويصح العقد ويلزم ، بمعنى أنه تترتب آثاره عليه من وقت إبرامه ، لامن وقت الاجازة ، ولا يستقل أحد طرفيه بفسخه بعد ذلك ، وذلك آية مؤخذته ومسؤوليته وتكليفه •

وتفسير هذا ، أن الفساد إنما يقرر عند جمهور الحنفية أثرا وجزا للاكراه ، فساد الاختيار ، وانعدام شرط صحة التصرف (٣) ، وهو

• أحد الامرين ، وتفصيله على الآخر ولا يتصور هذا الا بالتمكن

وهو مناط الاختيار الذي حددته الحنفية •

(١) المراجع السابقة •

(٢) خلافا لزم من الحنفية ، إذ يرى أن العقد موقوف لافساد

البدائع — ج٧ ص ٢٨٧ وما يليها فتح القدير ج٧ ص ٢٩٢ وما

يليها — المبسوطه ج٤ ص ٣٨ وما يليها •

(٣) المراجع السابقة •

الرضا ، إذ يتخلف شرط صحة العقد بتقرر فساد (١) ، حماية
لحق المكره ، فيمنح حق الاجازة (٢) عند زوال الاكراه ، تحقيقا لرضا
الكامل الذى فات بالاكراه ، وإذا توافر الاختيار والرضا كلاً ، صح العقد
ولزم في حقه ، بخلاف ما لو كان باطلاً .

لكن يرد على هذا النظر ، أن العقد الفاسد لا تلحقه الاجازة ، كالعقد
بالباطل ، بل هو واجب الفسخ ، رعاية لحق الشرع ، كما تعلم ، ويجب
عن هذا من قبل جمهور الحنفية ، أن سبب الفساد .

في هذا العقد ، هو رعاية حق المكره شخصياً لاحق الشرع (٣) ، فهو
فساد من نوع خاص ، منشؤه العدوان على ارادته ، فلا يتم بخصائص
الفساد الذى منشؤه حق الفرع ، كالزنا والجهالة الفاحشة / وسبب
خصائص الفساد الذى منشؤه الاكراه قبوله الاجازة ، رعاية للحق الشخصي
وهو حق المكره ، لانعدام رضا .

— هذا هو وجه استدلال جمهور الحنفية على ما ذهبوا اليه من الحكم
على عقد المكره بالفساد الذى يجوز رفعه باجازة المكره نفسه عند زوال الاكراه ،
مع بقاءه مكلفاً مستولاً على الرغم من وقوعه تحت تأثير الاكراه

-
- (١) وانت عليهم بأن الحنفية يفرقون بين الفساد والبطلان .
 - (٢) رد المختار ج٤ ص ٧ . هذا ، وذهب بعض الحنفية الى أن عقد
المكره باطل غير منقذ ، وهذا يتفق مع رأى الشافعية — الاشياء
والنظائر — ص ٢٨٦ — مجمع الانهر ج٢ ص ٤٢٨ ص ٤٣٧ الاشياء
والنظائر ص ٤٢٨ — ٤٣٧ للسيوطي .
 - (٣) المراجع السابقة — وراجع مصادر الحق — ج٤ ص ١٨٧ — وما يليها
رد المختار ج٤ ص ٧ — مجمع الانهر وحاشيته — ج٢ ص ٤٢٨
ص ٤٣٧ — مصادر الحق — ج٢ ص ١٨٦ وما يليها .

أما الشافعية ، فيرون أن عقد المكره باطل ، وعبارته لغو بناه على
أن الاختيار والرضا ، أمر واحد ، ففهموا وأثرا ، فهما مترادفان ،
لا فرق بينهما ، حتى إذا انتفى أحدهما انتفى الآخر ضرورة ، ومعلوم
أن الرضا منتصف بالاكراه اجماعا ، فينتفى الاختيار أصلا ^{ولا يكتفى} بلا اختيار
فبطل العقد ، لأن الاختيار شرط انعقاده . منشأ الخلاف إذن بين
الحنفية والشافعية هل الاختيار والرضا أمران مختلفان مفهومهما ، فكانا
لذلك مختلفين أثرا ، وغير متلازمين (١) ، أو أنهما أمر واحد ،
مفهومهما وأثرا ، فكانا مترادفين ومتلازمين ، طردا وعكسا (٢) ، فالاختيار
هو الرضا ، والرضا هو الاختيار ؟
بالاول قال الحنفية ، والى الثاني ذهب الشافعية (٣) .

- (١) بمعنى أنه لا يلزم من انتفاء الرضا بالاكراه ، انتفاء أصل الاختيار
بل يجتمع الاختيار والاكراه ولا منافاة ، ويكون الاختيار فاسدا ،
لكان الاكراه ، لأن الاكراه لا يعدم أصل الاختيار ، بل يفسده
فحسب فيكون المكره مؤخذا بعبارته ، ولو مكرها .
- (٢) طردا بمعنى أنه إذا وجد الرضا ، وجد الاختيار ، وعكسا
إذا انتفى الرضا انتفى الاختيار - المراجع السابقة .
- (٣) المهذب مع المجموع ج ١ ص ١٦١ - المغني ج ٨ ص ٢٥٧ .
واستدل الشافعية على أن عبارة المكره لغو ، وعقده باطل
لا يترتب عليه أثره ، ولا مسئولية ولا مؤاخذه على المكره ، بقوله
تعالى : " لا إكراه في الدين " وجه الاستدلال ، أن الآية
الكرامة تنفي ذات الاكراه ، وهذا غير مراد قطعا ، لأنه واقع
فكان النهي منصبا على حكمه وأثره حال وقوعه على المراد ^{الذي دخل}

حكم عقد المكره في فقه المذاهب

تبين لنا مما سبق ، أن الفقهاء اختلفوا في حكم عقد المكره على آراء :
أولها : أنه عقد باطل وبإرادة المكره وصيغته لغو ، وهو مذهب الشافعية
لأن الباطل والفاسد والموقوف عندهم سواء (١) وهو رأى عند
الحنابلة أيضا .

الثاني : أنه عقد فاسد ، يصح بالاجازة من قبل صاحب الشأن ، وهو
المكره ، عند زوال الاكراه ، ويرتفع بإجازته العقد فسادا ،
تحقيقا لرضاء الكامل ، وهو مذهب جمهور الحنفية ، لأنه
تصرف صادر من أهله ، مضاف الى محله ، لكنه قاصد للسبب
غير راض بالمرة . بآثره

الثالث : أنه عقد صحيح نافذ لكنه غير لازم ، قياسا للاكراه على سائر
عيوب الرضا ، من الغلط والتدليس والغبن لأنها مقسدة للاختيار
لامعذمة له وهو رأى المالكية (١) ورأى آخر عند الحنابلة .

في الدين بمعنى أن عبارته لاغية لأثر لها شرعا ، قدس ذلك
على أن كل تصرف ومنه القولي ، لأثر له اذا كان وليد الاكراه
والقسره واستدلوا أيضا بقوله — صلى الله عليه وسلم — " رفع
عن أمي الخطأ والنسيان ، وما استكرهوا عليه " وهذا يذل
على أن حكم تصرفات المكره البطلان ولأن آثارها مرفوعة ولاغية .
للحنابلة رأيان : أحدهما البطلان ، وهو قول الشافعية ،
والآخر ، عدم اللزوم . وهو رأى المالكية ، وفي هذا يقول صاحب
الانصاف : " فان كان احدهما مكرها ، لم يصح هذا البيع —

الرابع : أنه عقد موقوف (١) بمعنى أنه صحيح ، منعقد ، ولكنه موقوف
 الآثار ، فلا تترتب أحكامه وآثاره عليه ، وهو رأى زفر من الحنفية .
 ووجهة نظره ، أن الرضا شرط لحكم البيع لالصحة وهذه مرحلة
 تالية لصحة العقد نصار كالفضولي ، في حين يرى الامام وصاحبه
 أن فوات شرط الصحة لا يوجب انعدام الحكم والاثار كسائر العقود
 الفاسدة . وعلى هذا فإن عقد المكره عند زفر موقوف لا تترتب
 آثاره عليه ، الا باجازه المكره بعد زوال الاكراه ، فان اجازة
 نفسه وترتبت آثاره عليه ، من وقت ابرامه ، ستندأ ، والابطال
 وأرجح الآراء فيما نرى هو هذا الاخير ، لأن حكم هذا العقد
 مرتبط بحق المكره نفسه شخصيا ، لا بحق الشرح كحرية الرضا ،
 حتى يكون باطلا أو فاسدا ، وذلك يقتضي الوقف على اجازة

(بطل) . وعليه الاصحاب ، وقال في الفائق ، قلت ،

ويحتمل الصحة وثبوت الخيار عند زوال الاكراه ج٤ ص ٢٦٥
 المفني ج٤ ص ٢٥٧ . — وراجع في هذا البدائع ج ٧ ص ١٨٧
 وما يليها — البسوط ج ٢٤ ص ٣٨ وما يليها — مصادر الحق
 ج٤ ص ١٨٢ وما يليها — رد المختار ج٤ ص ٧ — شرح التحفة
 ج٢ ص ٢٦ والشرح الكبير — ج٣ ص ٦ للدسوقي .
 البدائع ج٧ ص ١٨٦ البسوط ص ٢٤ — ص ٥٦ ص ٥٩ .
 (١) وراجع رأى المالكية — البهجة شرح التحفة — ج ٢ ص ٢٦ .
 هذا ، ورأى المالكية يتفق مع رأى الحنفية من حيث أن الاكراه
 يفسد الاختيار ، ويعدم الرضا ، غير أن المالكية يرون الجزاء
 عدم اللزم في حين يراه الحنفية ، الفساد لانتفاء شرط الصحة
 وهو الرضا .

صاحب الشأن حماية لحقه الخاص ، بعد زوال الاكراه ، لانعدام رضاه
 فقد يراه في مصلحة ، فيضيه ، وقد لا يراه فينفضه ، وهذا أولى من
 القول بالفساد فضلا عن البطالات ، ولأن الفساد لا يرتفع بالاجازة .
 هذا ، وتعليل الحنفية لصحة الاجازة أنه حق شخصي ، لا يقضي الفساد
 بل الوقف ، حماية لهذا الحق الخاص ، كما لا يستقيم هذا مع القول
 بعدم اللزوم لأن هذا من موجبات شوائب الرضا ، لا انعدامه ، لأن
 من المعلوم ، أن العقد غير اللازم ، عقد صحيح منعقد نافذ ، وهذا
 لا يتصور مع انعدام الرضا بالاكراه .

هذا ، وقياس الاكراه على سائر شوائب الرضا من الغلط والتدليس والغبن
 لا يستقيم ، لأنه قياس مع الفارق ، إذ الاكراه قسر واجبار ينعدم به الرضا
 بخلاف الغلط والتدليس والغبن ، فأصل الرضا قائم فيها ، ولكنه مشوب
 بعيب .

لهذا كله ، كان القول بالوقف كجزء على الاكراه ، أقرب إلى
 ما تقتضيه القواعد (١) .

مقود وتصرفات قولية محددة ، تصح وتلزم بآثارها ، على الرغم من

الاكراه ، استثناء بالنس ، على أنها من حقوق الله تعالى ، كما

معدوت عن اختيار تام ، ورضا كامل

في مسائل الحنفية إلى أن ثمة عقود خمسة تقع صحيحة نافذة لازمة .

(١) البدائع — ج ٧ ص ١٨٢ وما يليها — البسيط ح ٤ ص ٢٨

وما يليها — فتح القدير — ج ٧ ص ٢٦٢ .

الأكراه كما لو كان من صدرت عنه حراً مختاراً ، وهي زواج المبكره
 وبأنه : مبرحته ، وحقه ، وسينه ونذره ، ذهبا منهم الى أن الشارع
 استباحها ، فحكم بمسحتها ، وبفانها ، والا لزام بآثارها ، مسع
 الهزل ، وأتفق الاختصاصيون بعدم إعدام الرضا ، والمكره كذلك
 إذ هو مختار المصيفة ، غير راض بآثارها ، فتصح وتلزم ، ولو انعدم
 الرضا مقياسا على الهزل ، ولأنها من حقوق اللامعالي التي يتعلق
 بها مصلحة شرعية عامة .

ويلاحظ أن هذه التصرفات القولية لا تقبل الفسخ .
 فدليل الحنفية — كما رأيت — هو قياس الأكراه على الهزل ، لقوله
 صلى الله عليه وسلم : " ثلاث جدهن ، جد ، وهزلهن ، جد
 الزواج ، والطلاق (١) والعقاق " وفي بعض الروايات ، اليمين
 والرجعة ، وأما ما عدا ذلك من العقود ، فلا تصح ولا تنفذ وتلزم
 من أصدرها بآثارها ، الا اذا كان حراً مختاراً ، وراضياً بآثارها .
 والراجع — فيما نرى — هو رأي الجمهور ، إذ لم يفرقوا — مسن
 حيث أثر الأكراه بين حق وحق ، ولا بين تصرف وتصرف (٢) ، فلم

(١) ذهب بعض الحنفية ، الى تحديد التصرفات القولية التي تصح

وتنفذ وتلزم من أصدرها مع الأكراه ، في الطلاق ، والنكاح
 والرجعة ، وإيجاب الحج ، والصدقة والمفوض من دم العمد
 وببطل المرأة المطلق على مال ، والإسلام ، والصلح عن دم
 العمد ، على مال ، والنذر — مجمع الأنهر حاشيته — ج ١

يحكموا بصحة هذه العقود ونفاذها مع الاكراه ، على من
أصدرها ، والزامة بآثارها ، بل سحبوا حكم الاكراه عليها كسائر
التصرفات ، على الخلاف بينهم في حكم عقد المكره ، كما بينا
واستدل لا همتهم بحديث الرسول — صلى الله عليه وسلم — " رفع
عن أمي الخطأ ، والنسيان ، وما استكرهوا عليه " .
على أن قياس الاكراه على الهزل الذي استند اليه الحنفية ،
هو قياس مع الفارق إذ الهزل لا قصر فيه من حيث اتخاذ السبب ، أو
مباشرة الصيغة ، لأن الهازل حر مختار في ذلك ، ولكنه غير راض ،
بثبوت حكمه ، لأنه عابث ، وليس كذلك المكره ، لقصوره على اتخاذ السبب
وللعدوان على رضاه .

صحيح أن كلا منهما غير راض بحكم السبب غير أن الهازل لا يرضى
به ، لأنه عابث ، وللشارع أن يلزمه بالآثر جزاءً على هزله وعيظه ، وحفاظاً
على مصلحة شرعية عامة ، في الزواج ، والطلاق وما اليهما ، إذ ليست
هذه محلاً للهزل في اعتبار الشارع ، بدليل ورود الحديث (١) ،
نصاً في ذلك ، وليس كذلك المكره ، لأنه لم يرض بالآثر ، للاكراه لا للعبث
فلا يستحق الجزاء ، بل هو جدير بالحماية ، للعدوان على حرية
اختياره ورضاه ، وقد أيد هذا النظر ورود الحديث (٢) نصاً في
هذا المعنى كما قدمنا .

وأيضاً ، قصد الشارع من ترتيب حكم الهزل في التصرف ، حماية
مصلحة شرعية عامة ، كما هو ظاهر ، بينما قصد في رفع أثر التصرف

(١) " ثلاث جدهن جد ، وهزلهم جد " الحديث .

(٢) رفع عن أمي الخطأ " .

حال الاكراه ، حماية مصلحة خاصة للمكروه ، فافترقا ، منهـمـوم
وأثرا ومقصدا .

على أن اجتهاد الحنفية لا يستقيم في منطق الشرع الحنيف ، إذ
كيف نلزم المكلف ، بآثار عقد زواج قد اكروه على انشاءه اكراها ، حتى
كان مصلوب الارادة والرضا ، وهما أساس التصرف في هذا التشريع ؟
وكيف نحمله على انها حياة الزوجية ، بالطلاق ، قسرا واكراها ،
ونلزمه بآثار ذلك ؟ ليس هذا مما يتفق وتشريع الله ورسوله قطعـمـا
ولو قالوا فيها بالفساد أو الوقف ، تحقيقا لحماية المكروه ، لكان أولى
وأجدر ، وأقرب الى روح التشريع ومقاصده (١) .

(١) اتجه الحنفية الى تخفيف الاعباء المالية عن المكروه حال اكراهه
على الطلاق ، والزامه بأثره ، فقالوا ، يتحمل عب المهر ،
المكروه (بكسر الراء) وقالوا أيضا ، اذا كان الاكراه صادرا
من الزوجة ، سقط مهرها ، ولكن عب السبعة المالية أيسر
وأهون من سائر آثار قطع العلاقة الزوجية ، وهدم الاسرة .
- الهدائع - ج ٢ - ص ١٨٨ .

أنباء الأكرام :

يقسم الأصحاب والفقهاء الأكرام إلى قسمين أساسيين :

- ١ - الأكرام بحق ٢ - الأكرام بغير حق
- أما الأكرام بحق ، فقد استقر مبدأ عاما في الفقه الاسلامي وفيما يتعلق بأجراء العقود والتصرفات القولية ، بوجه خاص ، وهو موضوع بحثنا حيث اعتبره المشرع ، عملا مشروعا ، بل واجبا وتكليفا ، بما هو وسيلة إلى تحقيق غرض مشروع ، تقاضى المكلف به من تحقيقه ، كما جبار القاضي المدين الواجد الماثل على بيع ماله أدان ، لحق ثابت في ذمته ، مستحق لدائنه دفعا ، لظلم المظل أو اجبار المكلف على أدان حق عام للدولة ، كالزكاة أو اجبار مالك الارض أو الدار التي تلاهق المسجد أو الشارع العام على بيعها (٢) توسعة لهما ، لما في ذلك من مصلحة شرعية عامة أو اجبار المحتكر على اخراج السلع المحتكرة التي يحتاجها الناس ، ولا سيما المواد الغذائية ، مبرضا في السوق ، ثم سريعا عند احتياجها إذا امتنع ، وبما ليس المستلزم لاداء حاجته ، إلا في حالة الضرورة العامة أو جبر الضرر ، ببيع أموالهم ، لئلا يجمعهم ، الخسائر ظلما بسلطان الولاية ، أو استغلالا لنفوذهم (٣) وغير ذلك كثير .

- (١) جاء في الحديث مظل الغني ظلم
- (٢) وهو ما يطلق عليه الاستملاك (٢) المبسوط ج ٢ ص ١٠١ وما يليها . (٣) الخرشني ج ٥ ص ٩ - الخطاب ج ٤ ص ٢٥٢ ص ٢٥٣ المبسوط ج ٢ ص ١٠١ . اجمع بحثا مستفيضا في التفسير . يرون في كتابنا الفقه الاسلامي المقارن .

مشروع بل تكليف واجب ، لمشروعية غرضه ، ولم يعتبره الشارع .
مفسدا للاختيار ، ولا معدما فلا نفسه التصرف ، أو يبطله بدليل أنه
لا يقطع نسبة التصرف وآثاره الى المكروه عليه ، بل ينسبه الشرع اليه
صيغة وأثرا ، كما لو كان حرا مختارا ، كامل الرضا صحيح الارادة (١)
وبامعان النظر في فقه هذه المسألة أصوليا ، من الاكراه بحق ،
والاكراه بغير حق ، نجد أنهما وان اختلفا حكما ووضعاً شرعياً ،
اذ الاول جبر شرعي ، والثاني جبر محرم لا يجوز الاقدام عليه غير أنهما
حكمان قد اتحدا غرضاً ، ومقصداً من العدل والمصلحة المعتبرة —
التي هي مقصود الشرع .

وتفسير ذلك أنه اذا كان الاكراه بغير حق عملاً محرماً شرعاً (٢)
فان في نسبة التصرف وآثاره الى المكروه عليه ، مع انتفاء رضاه ، اعتداءً
على عصمته ، وحقوقه ، لذا قطع الشارع عنه تلك النسبة سبباً وأثراً
صوتاً لعصمته ، ورعاية لحقوقه خشية أن تفوت بدون اختياره (٣)
بخلاف الاكراه بحق ، اذ ليس في نسبة التصرف وآثاره الى المكروه
على انشائه أساس بعصمته ، أو عدوان على حقوقه ، بل فيه اجباره
على صيانة عصمة غيره على النحو الذي صيغت عصمته ،

(١) فالتصرف صحيح نافذ منتج لآثاره ، ولازم ، مع الاكراه اذا

تأدى به الحق — المواق ج ٤ ص ٢٥٢ الخرخشي ج ٥ ص ٩

(٢) التلويح مع التوضيح ج ٢ — ص ١٩٦ — ١٩٧ .

(٣) المرجع السابق — كشف الاسرار ج ٢ ص ٣٠٧ وما يليها —

ومنعه من هضم حق غيره ، كما روعيت حقوقه ، فاتحدا غرضا
ومقصدا ، وإن اختلفا حكما ، كما ترى .
فتبدى لنا أن أساس فلسفة التشريع الاسلامي فيما يتعلق بالاكراه
بنوعيه ، هو " العصمة " التي تقررت حقا ثابتا لكل انسان شرعا
لأنها اذا كانت تقضي بتحريم نسبة المقتصر وآثاره الى المكروه على انشاءه ،
رفعا للعدوان عليها ، فان تلك " العصمة " بعينها هي التي تقضي
كذلك باجباره على أداء الحقوق الثابتة في ذمته ، والمستحقة للغير من
الفرد أو الامة ، اذا ماطل أو امتنع عن أدائها ، وهو قادر على
لوحدة المناط ، وهو " العصمة " في حق الغير ، عدلا وانصافا
ويلغى اختيار المكروه ورضاه ، حين تخلفا - تعنتا أو ماطلة - عن أداء
الحق المستحق أو تحقيق مقتضى العدل ، من المصالح العامة المشروعة
لتقوم مقامهما ارادة الشرع المجبرة عن طريق القضا أو سلطان الدولة
تنفيذا لهذا التكليف ، مراعاة ، إذ الاكراه على دفع الظلم عدل .

(١) فالعصمة هي المناط ، والحكم على الوسيلة بالتحريم أو الإيجاب
تبعاً لكونها تؤدي إلى العدوان عليها ، أو صيانتها ورعايتها
أي كان موقعها ، للنفس أو الغير وهذا منشأ تقسيم الاكراه
إلى نوعيه ، بحق وبغير حق ، عند الأصوليين والفقه ، على
ما يمكن أن يستخلصه الباحث من تعليقاتهم وتوجيه استدلالهم
التلويح مع التوضيح ج ٢ ، هذا ، والامة شخص معنوي ،
ذات عصمة ، والعدوان على حقوق الامة أقيح جرمًا
وأعظم اثماً . ص ١٩٦ - ص ١٩٧ .

وهكذا ترى ، أن اختلاف الحكم في الوسائل ، لا يوجب التباين في
الفرض والمقصد ، إذ لا تناقض في تشريع الله ورسوله .
الاكراه بغير جعق :

- يرى الحنفية ، أن الاكراه من حيث قوة تأثيره ، نوعان :
- آ — اكراه ملجئ ، أو تام (١) ، وهو ما يكون التهديد فيه
بما يفوت النفس ، أو ما في معناه ، من بتر عضو من الاعضاء
أو بما يقضي الى ذلك ، من الضرب الشديد الذي من شأنه
اتلاف النفس ، أو تعطيل عضو ، أو الالقاء من مكان مرتفع ، أو
عمل مهيمن لذي جاء (٢) .
- ب — واكراه غير ملجئ ، أو ناقص ، وهو ما يكون التهديد فيه بما —
لا يؤدي الى اتلاف نفسي ، أو قوات عضو ، أو تعطيله وذلك
كالضرب (٣) والحبس ، والتهديد بمنع ترقية ان كان موظفا
وهذا الاخير صورة من التهديد النفسي لا الحسي ، وكالتهديد
بالصفع أو الكلام النابي اذا كان موجها الى شخص يفتن مثله

- (١) البدائع ج ٢ ص ١٢٥ — وجاء في التوضيح مع التلويح مانصه
" الاكراه . . وهو اما ملجئ " بأن يكون بفوت النفس أو العضو
وهذا معدم للرضا ، ومفسد للاختيار ، واما غير ملجئ " بأن يكون
بحبس أو قيد ، أو ضرب وهذا معدم للرضا غير مفسد للاختيار
ج ٢ ص ١٩٦ وما يليها .
- (٢) بشرط ألا يكون مما يؤدي الى اتلاف نفس ، أو تعطيل عضو والا
كان من الاكراه الملجئ ، فكان الضرب نوعين بالنظر الى ما يؤدي
اليه . — المبسوط ج ٢ ص ٣٩ البدائع ج ٢ ص ١٢٥ وما يليها .

بذلك .

وانما كان هذا غير ملجئ^١ من قبل أن يوسع من وقع عليه ، أو
هدد به ، أن يتجلد ، ويحتمل الاذى .

هذا ، والاكره الملجئ^٢ بما يتضمن من وعيد باتلاف نفس أو بفساد
عضو ، يجد المكره نفسه مضطرا الى تنفيذ ما أكره عليه ، لما يحدث ذلك
من الرهبة في نفسه ، فكان مقهورا ، معدوم الرضا طبعاً ، فاسد —
الاختيار ، بخلاف غير الملجئ^٣ ، إذ لا اضطراب فيه مادام في الوسع
تحمل الاذى ، مادام لا يؤدي الى اتلاف نفس أو مافي معناه ، لذا ، كان
غير مفسد للاختيار ، وإن كان معدوما للرضا ، إذ لا اجتماع رضا مسع
اكره ، في الطبع الانساني ، ليمكن الرهبة والاخافة التي تحمل^٤ الشعور
بالاضطرار .

منشأ تقسيم الاكره الى ملجئ^٥ وغير ملجئ^٦

ان منشأ تقسيم الاكره الى ملجئ^٧ وغير ملجئ^٨ في اجتهاد الحنفية هو
تفرقتهم بين الاختيار والرضا ، على النحو الذي بينا خلافا للشافعية ، إذ
لا يعرفون هذه التفرقة ، فالاختيار والرضا ، أمر واحد ، ولا يجتمعان

= كشف الاسرار ج ٢ ص ٣٠٧ وما يليها .

— تبين الحقائق ج ٥ ص ١٨١ ص ١٨٧ .

(١) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٨٩ كشف الاسرار ج ٢ هذا ، وقد

عرف هذا التقسيم الشيعة الجعفرية . — كاشف الغطاء

ج ٣ ص ١٥٦ — مصادر الحق ج ٢ ص ٢١١ .

مع الاكراه أصلاً ، فكان الاكراه في فقههم نوعاً واحداً ، لوحدته مبناه
وهو الاكراه الملجئ ، وأما غير الملجئ ، فليس اكراها ، لانتفاء علة
الاضطرار فيه (١) الناشئة عن الرهبة .

وحدة أثر الاكراه بنوعيه ، على التصرف القولي

وأياً ما كان ، فالاكراه بنوعيه (١) من الملجئ وغير الملجئ ، سواء
من حيث تأثيرهما (٢) على التصرف القولي القابل للفسخ في فقه الحنفية
كالبائع أو الاجارة اذ كلاهما يعدم الرضا (٣) ، فحكمهما واحد
بالنسبة الى هذا التصرف فيبطله ، أو يفسده ، أو يوقفه ، أو يجعله
غير لازم على الخلاف الذي بيناه في فقه المذاهيب .

(١) جاء في التلويح مع التوضيح : " حقيقة الاختيار هو المقصد
الى مقدور متردد بين الوجود والعدم بترجيح أحد جانبيه
على الآخر ، فان استقل الفاعل في قصده نصحيح ، والا ففاسد
ج ٢ ص ١٩٦ وما يليها .

(٢) يقول صاحب التلويح : " يكون الاكراه ، إما ملجئاً يضطر الفاعل
الى مباشرة الفعل خوفاً من فوات النفس ، أو ما هو في معناه ،
كالعضو ، وإما غير ملجئ ، بأن يتمكن الفاعل من الصبر
من غير فوات النفس أو العضو
- المرجع لسابق .

(٣) أما ان الاكراه بنوعيه الملجئ وغير الملجئ يعدمان الرضا
فذلك لأن بقاء الاختيار حتى في الملجئ ، لأهون الشرين
(١) أو أخف الضررين يتم مع عدم الرضا ، بأي منهما .

ثمة التفرقة بين الاختيار والرضا منشأ تقسيم الاكراه الى نوعيه

تظهر في العقود الخمسة .

غير أنه فيما يتعلق بالعقود الخمسة ، من الزواج والطلاق ،
والعتاق ، والرجعة ، واليمين ، تظهر ثمة التفرقة بين الرضا والاختيار
في اجتهاد الحنفية ، خلافا للجمهور . في هذه العقود .
وبما أن هذه العقود التي لا تختل الفسخ ولا يوسـ
فيها الهزل ينص الحديث (١) ، لا يعتبر فيها الرضا ، وجودا وعدما
حتى اذا انعدم الرضا بالاكراه ، بقي التصرف منعقدا صحيحا نافذا
وأثره ملزما ، في اجتهادهم اذ لا عبرة بانعدام الرضا فيها ، بل
يكفي بأصل الاختيار على ما قدمنا ، خلافا للجمهور الذين لا يعرفون
هذه التفرقة ، فيؤثر في هذه العقود انتفاء الرضا او فساد الاختيار
لأنهما أمر واحد ، فلا تصح بل تبطل أو تصبح غير لازمة وقد رجحنا
هذا الرأي .

— هذا ، وقد أمرنا آنفا الى أن مستند الحنفية في ذلك هو
قياس الاكراه على الهزل ، بجامع انتفاء الرضا بالآثار في كل منهما
وبما أنه مع الفارق .

ولذا ، لم يفرق الجمهور بين التصرفات القولية ، من حيث كونها
قابلة للفسخ ، أو غير قابلة ، لينطبق حكم الاكراه عليها ، فكان

(١) ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد . . الحديث .

واحد لا يختلف بالنسبة اليها جميعاً — (١)

(١) قد علمت أن الحنفية ، يقعون طلاق المكره ، وزواجه ، ورجعه ،

ويمنه ، ويستدلون على ذلك ، بأنها تثبت مع الهزل ، نصح

الأكراه ، أولى .

أما ثبوتها مع الهزل ، فبالحديث : " ثلاث جدهن جد ،

وهزلهن جد ، الطلاق والنكاح والرجعة " .

وقالوا في توجيه استدلالهم ، أنه ما دام لم يمتنع الوقوع —

وجود ما يضاد الجد ، فلأن يمتنع بسبب الأكراه أولى ، لأن الأكراه

لا يضاد الجد ، فانه اكراه على الجد ، وأجاب على ذلك ، وانما

ضد الأكراه الرضا — الميسوط ج ٢٤ ص ٤١ ص ٤٢ .

— هذا ، يبلغ استدلال الحنفية على ما ذهبوا اليه من وقوع طلاق

المكره وزواجه ، ورجعته وما اليها .

وأما أدلة الشافعي ، فقد استدل بحديث " رفع عن امتي الخطأ

والنسيان وما استكرهوا عليه " ومقتضى هذا ، كما يقول الامام الشافعي

أن يكون حكم كل ما استكره عليه عفو ، ولأن القصد الى ما وضـ

له التصرف شرط جوازه ، ولهذا لا يضح لتصرف الصبي والمجنون ،

وهذا الشرط يفوت بالأكراه ، لأن المكره لا يقصد بالتصرف ما وضع

له ، وانما يقصد دفع مضرة السيف عن نفسه " .

— البدائع — ج ٢ — ص ١٨٢ .

ومفاد هذا ، بطلان تصرفات المكره باطلاق ، ما كان من العقود الخمسة

التي لا تحتل الفسخ ، وما عداها ايضاً ، وهو مذهب مالك

وأحمد — اعلام الموقعين ج ٤ ص ٤٣ — ولا شك ان الأكراه الملجئ

هو الحمل على الفعل بخبر قصد الفاعل والراجع مذهب الجمهور .

الأكراه النفسي غير المباشر :

هذا ، وذهب المالكية ، وبعض الحنفية (١) ، إلى أن
ثمة نوعا آخر من الأكراه النفسي أو المعنوي غير المباشر ، وذلك
بأن يقع الأكراه أو الوعيد به ، على أحد والدي المكره ، أو كليهما
أو ابنه أو زوجته ، أو ذى رحم محرم منه ، وهو معدم للرضا (١)

(١) المبسوط - ج ٢٤ - ص ١٤٣ - ص ١٤٤ - الخطاب
ج ٤ ص ٢٥٠ - ص ٢٥١ - وجاء في المادة ٢٨٢ من
مرشد الحيران أن " الأكراه يمس الوالدين ، والأولاد
وغيرهم من ذى رحم محرم ، أو بعضهم ، لعدم الرضا .

شروط الاكراه :

قلنا ان الاكراه هو حمل الغير ، دون وجه حق ، بوسيلة مرهبة على ابرام عقد ، دون رضاه (١) والحامل قادر على ايقاع ما هدد به بحيث يحدث الرهبة فعلا في نفس المكسره .
وعلى ضوء هذا التعريف ، وما ورد فيه من محترزات ، يمكن ان تستنبط شروط الاكراه التي تحدد مناطه الذي يستتبع حكمه في الوقائع ، وهو الخوف أو الرهبة ، ونوردها فيما يلي :

-
- (١) هذا ، وقد عرفته المجلة تعريفًا عاما يشمل التصرفات الفعلية والقبولية ، حيث نصت على أن الاكراه : اجبار أحد على أن يعمل عملا بخير حق ، من دون رضاه ، بالاختافه " مادة ١٤٨ والعمل يشمل التصرف القبولي والفعلية .
أما صاحب كشف الاسرار ، فقد عرفه بأنه " حمل الغير على أمر يمتنع عنه ، بتخويف ، يقدر الحامل عليه ايقاعه ، ويصير الغير خائفا به ، فائت الرضا بالمباشرة ج ٤ - ص ١٥٠٢ وهذا التعريف فضلا عن عمومته ، يبدو أكثر تفصيلا ، بما أورد فيه محترزات ، تتضمن شروطه ، تحديدا لمناطه .

اولا : أن يكون الاكراه بخير وجه حق ، وقد انعقد الاجماع على هذا (١) ومنشأ حكم هذا الاكراه عصمة الغير ، في نفسه وماله ، كما قدمنا .

ثانيا : أن يكون المكروه (بكسر الراء) قادرا على ايقاع ما هدد به وبغير ذلك لا يحدث الاكراه " الرهبة " في نفس المكروه ، اذ بها يتحقق مناط الاكراه ، ولو أقدم المكروه على تنفيذ ما أكره عليه وهو يعلم أن المكروه غير قادر على تنفيذ ما هدد به ، لا يتحقق الاكراه ولا يستتبع بالتالي حكمه ، لانقضاء ما تحدث

(١) المذهب ج ١ ص ٢٥٧ الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٦ — الشرح الكبير لأبي الفرج ج ٤ ص ٥ — جاء في الشرح الكبير للدردير في تقرير هذا الشرط بانصه : " أما لو أجبر على البيع وجبرا حلالا كان البيع لازما ، كجبره على بيع الدار لتوسعة المسجد أو الطريق ، أو القبرة ، ومن الجبر الحلال ، الجبر على البيع لأجل وفاة ما عليه من اخراج الحق " المرجع السابق .

ويقصد بالجبر الحلال ، ما كان بوجه حق ، ويشير الاسام الدردير الى أن اساس كونه بوجه حق ، أن يكون اداء الحق لله تعالى ، مما يتعلق به مصلحة عامة مشروعة تقضي على الحق الفردي الخاص ، فيكره على أدائه قسرا ان لم يقم به اختيارا وطوعا ، أو اداء الحق شخصي ، يوجب العدل ايضاله الى مستحقه رغما عن المدين ، انا تعني في الإداء مع كونه

بـه الرهبة (١) والخوف .

ثالثا : أن يغلب على ظن المكروه ، أن المكروه (بكسر الراء) القادر على إيقاع ما تهدد به ، جادر في تهديده ، وأنه سيوقعه فعلا ، فان لم يساوره هذا الظن الغالب ، فلا يتحقق مناط الاكراه ، اذ غلبة الظن بذلك هي التي من شأنها أن —
تحدث الرهبة في نفسه .

رابعا : أن تكون الوسيلة أو الامر المكروه به من شأنه أن يحدث ضررا مرهبا مخوفا ، سواء أكان ماديا أو معنويا وهذه مسألة نسبية تختلف باختلاف حالات الاشخاص (٢) وأعمارهم

(١) واجدا قادرا عليه . هذا ، ولا يعتبر الاكراه بحق عذرا بل يلزم المتصرف بآثاره وفيه اشارة الى أن حكم الاكراه بغير حق هو عدم اللزوم .

(١) المبسوط — ج ٢٤ — ص ٣٩ — الهدائع ج ٧ ص ١٧٦ —
الام ج ٣ ص ٢١٠ — المذهب ج ٢ ص ١٧٨ المغني ج ٨ ص ٢٦١ .

(٢) وخالف في ذلك بعض الحنابلة ، حيث اشترطوا أن يكون الاكراه بدنيا فحسب ، ودون مراعاة لاختلاف احوال الناس ، وهو رأي ضعيف ، لما أشرنا من أن مناط الاكراه هو " الرهبة " وهذه قد تنشأ بغير الاكراه البدني ، ولا ريب أن الناس — في الواقع — متفاوتون من حيث الاستعداد النفسي لنشوء الرهبة — المغني ج ٨ ص ٢٦١ .

ومنزلتهم فما يرهـب المرأة قد لا يرهـب الرجل ، وما يرهـب
الشيخ قد لا يرهـب الشاب ، وما يخشاه العلماء وذوو المكانة ، قد لا يكون
له وزن في نفوس غيرهم من العامة ، وهكذا .
ولا يقتصر هذا بالبداهة على الوسائل التي تحدث ضررا بدنيا ،
بل الاكراه النفسي أو المعنوي ، معتبر ايضا ، كما قدمنا ، اذ المناط
هو الرهبة وهذا رهن باختلاف الاحوال والمكانة الاجتماعية عادة ، والحنفية
قد أشاروا الى ذلك في ضـ.طهم لوسيلة الاكراه حيث قالوا : " كل ما يجلب
غما ، وينعدم به الرضا (١) " وهذا غير مقصور على الاكـراه
الحسي أو البدني من الضرب والقتل ، والقطع ، وما اليه على أن ثمة
ضابطا عاما يتسم بالموضوعية والمادية ، لا الذاتية ، للأمر المكروه به ،
وهو القتل أو بتر أحد الاعضاء أو تعطيلها ، أو الضرب والتعذيب
البدني الشديد الذي من شأنه أن يقضي الى ذلك ، فهذا مما يتحقق
به مناط الاكراه بالنسبة للكافة ، قطعاً وعلى هذا فلا يشترط في المكروه
(بكسر الراء) أن يكون بالغاً ، عاقلاً ، ولو كان صبياً ، أو مجنوناً
يتحقق منه الاكراه ، مادامت الوسيلة التي يهدد بها من شأنها أن تحدث
الرهبة ، كالتهديد باطلاق النار من مسدس يحمله صبي ، أو معتوه .
ولا يشترط كذلك أن يكون الاكراه صادراً من السلطان ، أو الدولة ،
على ما يرى أبو حنيفة ، رحمه الله ، بل يتحقق الاكراه ولو كان صادراً من
غيره ، كما يقول صاحبان ، وهذا اختلاف عصر وزمان .

ولا يشترط أيضا أن يكون الامر المهدد به واقعا
على المكروه مباشرة ، بل يكفي في تحققه أن يقع على أحد
والذى المكروه ، أو ابنائه ، أو زوجته أو ذى رحم محرم
منه كما بينا .
ونكتفي بهذا القدر ، والله ولي التوفيق .

(١) تبين الحقائق - ج ٥ - ص ١٨٢

الاشياء والنظائر - ص ١٨٢ - للسيوطي .



صدر بإشراف لجنة الانجاز

صغر المبيع للطالب ١٥٠ ل.س

مطبعة الجامعة دمشق